



**Centro Universitário de Brasília - UniCEUB**

**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS**

**ANNA KARLLA NUNES DE ALMEIDA**

# **A PATERNIDADE AFETIVA DECORRENTE DA ADOÇÃO À BRASILEIRA**

Brasília

2014

**ANNA KARLLA NUNES DE ALMEIDA**

**A PATERNIDADE AFETIVA DECORRENTE DA  
ADOÇÃO À BRASILEIRA**

Monografia apresentada ao Centro  
Universitário de Brasília – UniCEUB, como  
requisito para conclusão do curso de  
graduação em Direito da Faculdade de  
Ciências Jurídicas e Sociais.  
Orientador: Professor Júlio César Lérias  
Ribeiro

Brasília

2014

**ANNA KARLLA NUNES DE ALMEIDA**

# **A PATERNIDADE AFETIVA DECORRENTE DA ADOÇÃO À BRASILEIRA**

Monografia apresentada ao Centro  
Universitário de Brasília – UniCEUB, como  
requisito para conclusão do curso de  
graduação em Direito da Faculdade de  
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Júlio César Lérias  
Ribeiro

Brasília/DF, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014.

Banca Examinadora

---

Professor Júlio César Lérias Ribeiro  
Orientador

---

Examinador 1

---

Examinador 2

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por sempre estar ao meu lado, me abençoando, iluminando e atendendo as minhas preces. Por demonstrar a sua fidelidade e amor incondicional em todos os momentos da minha vida.

A meus pais, minha base, os quais acompanharam cada passo da minha história e sempre se dedicaram a me dar o melhor. Pessoas a quem devo tudo o que sou.

As minhas irmãs, minhas eternas amigas e companheiras, as quais sempre me acompanharam de perto e torceram pelas minhas conquistas.

Ao meu namorado, que esteve comigo desde o início, me incentivando, ajudando, e compartilhando todos os momentos bons e ruins.

Aos meus amigos, familiares e todas as pessoas que de alguma forma contribuíram e incentivaram a minha trajetória.

Ao meu orientador, Júlio César, a quem devo minha admiração. Agradeço pelo apoio, dedicação e orientação durante a realização deste trabalho.

## RESUMO

O presente estudo tratou da “adoção à brasileira” e a relação afetiva paterno-filial construída nessa perfilhação simulada. Considera-se “adoção à brasileira” o registro de filho alheio como próprio, sem passar pelo devido processo legal de adoção. Apesar desta prática ser ilegal, sendo, inclusive, capitulada pelo Código Penal como crime, a problemática surge no momento em que há a constituição de um vínculo afetivo entre pai e filho. Assim, surgem duas realidades contrapostas: de um lado a relação advinda da ilegalidade, a qual, inicialmente, deveria ser desconstituída devido o fato de não existir o processo de adoção e, de outro lado, os laços afetivos construídos naquela família, os quais trazem sentimentos de segurança e bem-estar do infante, o qual, sabendo ou não da origem de sua filiação, considera-se parte daquela família, tendo como seus verdadeiros pais aqueles que o registraram e o criaram como verdadeiro filho. O presente trabalho concluiu pela manutenção da paternidade gerada dessa “adoção”, tal como está cada vez mais sendo aceita pela jurisprudência e doutrina contemporâneas devido a afetividade gerada, fator essencial na construção das entidades familiares. Além disso, o melhor interesse da criança e o reconhecimento da afetividade como forma de parentesco são justificativas fundamentais para a perpetuação dessa relação paterno-filial.

**Palavras-Chave:** Família. Adoção à Brasileira. Paternidade Afetiva. Criança e Adolescente.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	6
1 PATERNIDADE AFETIVA DECORRENTE DA ADOÇÃO À BRASILEIRA NA DOUTRINA CONTEMPORÂNEA .....	8
1.1 Direito de Família Contemporâneo .....	8
1.2 Afetividade como vínculo de parentesco na família contemporânea .....	15
1.3 Paternidade Afetiva e sua aplicação na adoção à brasileira .....	22
2 PATERNIDADE AFETIVA DECORRENTE DA ADOÇÃO À BRASILEIRA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	30
2.1 Paternidade Afetiva e Adoção à Brasileira na Constituição Federal de 1988 .....	30
2.2 Paternidade Afetiva e Adoção à Brasileira no Código Civil de 2002 .....	38
2.3 Paternidade Afetiva e Adoção à Brasileira no Estatuto da Criança e do Adolescente .....	45
3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA PATERNIDADE AFETIVA DECORRENTE DA ADOÇÃO À BRASILEIRA .....	53
3.1 Jurisprudência Favorável à Paternidade Afetiva na Adoção à Brasileira ....	53
3.1.1 <i>Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.259.460/SP</i> .....	53
3.2 Jurisprudência Desfavorável à Paternidade Afetiva na Adoção à Brasileira .....	59
3.2.1 <i>Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado, Embargos Infringentes nº 9191156-46.2008.8.26.0000/50000</i> .....	59
CONCLUSÃO .....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	67

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estudar duas realidades atuais no Brasil: a Paternidade Afetiva e a chamada “Adoção à Brasileira”. A finalidade desse estudo é trazer à tona a filiação advinda da afetividade, delimitando a sua aplicação à adoção à brasileira, prática comum de “adoção” no Brasil, evidenciando a relação afetiva que nasce da família construída a partir dessa adoção, mesmo que por meio de uma ilegalidade.

Assim, colocar-se-á o problema central deste estudo: É possível na interpretação do direito a paternidade afetiva decorrente da adoção à brasileira no ordenamento? De acordo com os argumentos jurídicos que serão apresentados durante o transcorrer da pesquisa, será demonstrada a hipótese afirmativa ao problema apresentado.

A justificativa para o tema encontra respaldo ao se verificar dois fatos conflitantes, mas que merecem uma solução: de um lado a adoção ocorrida fora dos padrões legais, conhecida por “adoção à brasileira”, prática que constitui crime, nos termos do artigo 242 do Código Penal: “registrar como seu o filho de outrem”, e do outro lado a afetividade gerada daquela relação, que será vista sob a ótica do interesse da criança.

No capítulo um será apresentado o direito de família contemporâneo, sua importância, evolução e aplicação de seus princípios mais relevantes, bem como se tratará das entidades familiares, as quais passaram a ser vistas como base da sociedade, merecendo, assim, uma tutela especial pela Constituição Federal. Neste contexto, será verificada a mudança do entendimento por família, a qual passou por uma ampliação de seu conceito e pela aceitação de novos modelos.

Ademais, será demonstrada a afetividade como elemento essencial e formador de vínculo nas famílias contemporâneas, fatores que deram margem à preocupação com os direitos do infante, os quais devem ser priorizados. Por conseguinte, será tratada a paternidade, com ênfase na paternidade afetiva e a sua aplicação na adoção à brasileira, a qual terá o seu conceito apresentado, bem como a forma que é vista e tratada pela sociedade.

No segundo capítulo será tratada a paternidade afetiva e a adoção à brasileira no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, será demonstrada a sua aplicação e proteção perante a atual Constituição Federal em seus princípios referentes à filiação: Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade Jurídica dos Filhos, e Afetividade. Em seguida, será demonstrada a sua aplicação no Código Civil de 2002, focando na filiação como direito da personalidade e no trabalho que vem sendo realizado pela doutrina para o reconhecimento da afetividade como forma de parentesco civil. Adiante, a hipótese será vista à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual, conjuntamente com a Constituição Federal, concede uma proteção ao infante, conferindo um tratamento prioritário à criança e ao adolescente por meio da doutrina da proteção integral.

O terceiro capítulo abordará casos concretos relativos ao tema. Serão apresentados julgados favoráveis e desfavoráveis à aceitação da perpetuação da paternidade gerada pela adoção à brasileira em razão da existência ou inexistência do vínculo afetivo criado entre pais e filhos, tendo como justificativa a realidade fática e a consolidação da filiação, a qual não pode ser desprezada por aqueles que registraram a criança e nem por terceiros, devendo, portanto, essa relação receber amparo jurídico. Em ambas as jurisprudências será possível identificar a preocupação com o melhor interesse da criança, bem como a aplicação da regra da proibição do comportamento contraditório para a decisão sobre a continuidade da relação paterno-filial. Além disso, observar-se-á que não há reconhecimento da adoção à brasileira quando não restar consolidada a afetividade na relação paterno-filial.

Como marco teórico serão utilizadas a Constituição Federal, o atual Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A metodologia utilizada se dará por meio da doutrina, legislações e jurisprudências contemporâneas referentes ao tema abordado.



## **1 PATERNIDADE AFETIVA DECORRENTE DA ADOÇÃO À BRASILEIRA NA DOUTRINA CONTEMPORÂNEA**

Neste capítulo será apresentado o direito de família contemporâneo, sua importância, evolução e aplicação de seus princípios mais relevantes, bem como se tratará das entidades familiares, as quais passaram a ser vistas como base da sociedade, merecendo, assim, uma tutela especial pela Constituição Federal. Neste contexto, será verificada a mudança do entendimento por família, a qual passou por uma ampliação de seu conceito e pela aceitação de novos modelos.

Ademais, será demonstrada a afetividade como elemento essencial e formador de vínculo nas famílias contemporâneas, fatores que deram margem à preocupação com os direitos do infante, os quais devem ser priorizados. Por conseguinte, será tratada a paternidade, com ênfase na paternidade afetiva e a sua aplicação na adoção à brasileira, a qual terá o seu conceito apresentado, bem como a forma que é vista e tratada pela sociedade.

### **1.1 Direito de Família Contemporâneo**

O direito de família é o ramo do direito civil que rege as relações advindas do casamento, da união estável ou do parentesco, também disciplinando os institutos da tutela e da curatela. O direito de família atua nas relações pessoais, versando sobre a relação dos cônjuges e dos parentes em linha reta e colateral, nas relações assistenciais, no que trata de cônjuges, de pais e filhos, de tutor e tutelado, de interdito e curador e, por fim, disciplina as relações patrimoniais desenvolvidas no âmbito familiar.<sup>1</sup>

Inicialmente, cabe mencionar alguns dos princípios pelos quais se rege o direito de família contemporâneo, quais sejam:

Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros: Tal como assegura a atual Constituição Federal em seu artigo 226, §5º, marido e mulher exercem os direitos e deveres de forma equivalente, abolindo o poder do homem e

---

<sup>1</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 191)

acabando com a restrição do papel da mulher antes baseado em serviços domésticos e na reprodução. Atualmente não há mais espaço para o patriarcalismo, tendo em vista que a mulher vem participando de forma eficaz do desenvolvimento social.<sup>2</sup>

Os direitos antes somente exercidos pelo homem, tal como previa o Código Civil de 16, passaram a ser praticados por ambos os cônjuges ou companheiros. É também dever de ambos o sustento da família, dentro dos rendimentos de cada um, assim como versa o artigo 1567, §único do Código Civil de 2002<sup>3</sup>. Identifica-se, portanto, que o novo Código afastou as diferenças entre marido e mulher.<sup>4</sup>

Agora, o poder de decidir é de ambos os cônjuges, os quais decidem em comum acordo, tal como requer a sociedade atual, a qual tem em vista a igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher dentro do casamento.<sup>5</sup>

Princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição entre os cônjuges ou conviventes: Assim como dispõe o art. 1511 do Código Civil<sup>6</sup>, esse princípio diz respeito à parte afetiva e do companheirismo que deve existir entre marido e mulher. Houve o propósito de tornar essa união mais humana. Essa relação tem início não somente do casamento, podendo surgir da união estável.<sup>7</sup> Esse princípio tem grande importância para a vida familiar, tendo em vista que o casamento dos pais por amor transmite aos filhos uma segurança afetiva.<sup>8</sup>

Verifica-se que essa nova visão leva à família afetiva, na qual os laços de afeto são primordiais, predominando sob aspectos formais. Assim, os casos de

---

<sup>2</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 23.

<sup>3</sup> BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 1567, §único: "A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. Parágrafo único: Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses." Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014.

<sup>4</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 23.

<sup>5</sup> DINIZ, *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.5, p. 18.

<sup>6</sup> BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 1.511: "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges." Disponível: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014.

<sup>7</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 24.

<sup>8</sup> FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: Política e Vida Privada na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p.86.

dissolução do casamento ou da união estável estão relacionados com o fim do afeto, não sendo nenhum dos cônjuges ou companheiros culpados por isso.<sup>9</sup> Dessa forma, percebe-se que para as uniões atuais, as quais são, na maioria das vezes, baseadas no sentimento, basta que o amor termine para que venha a separação. Sem esse sentimento, não se justifica a continuidade da relação. Por essa lógica, não se pode afirmar que as famílias de hoje são menos felizes do que as famílias do século XX, já que naquela época havia um menor número de divórcios do que atualmente.<sup>10</sup>

Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar: Diferentemente do direito de família anterior, que era caracterizado por sua rigidez e estaticidade, o qual não dava margem de liberdade para os membros da família agirem em confronto com o patriarca e matriarcalismo<sup>11</sup>, o direito de família de hoje adota esse princípio, que também diz respeito à livre deliberação dos cônjuges ou companheiros sobre o planejamento familiar; trata da liberdade da forma como se dará o patrimônio da família; do regime de bens que o casal julgar mais; e da livre decisão para adotar o tipo de formação dos filhos, seja na educação, na cultura ou na religião<sup>12</sup>. O Estado somente deve interferir no que lhe compete para assegurar recursos para que esse direito possa ser exercido.<sup>13</sup>

A união estável passou a ser reconhecida como unidade familiar, tal como disposto na Constituição Federal, em seu art. 226,§3º<sup>14</sup>, sendo uma possibilidade de comunhão entre casais que decidirem se unir para construir uma relação afetiva, tendo em vista que a atual Constituição, baseando-se na realidade, estendeu o

<sup>9</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 24/25.

<sup>10</sup> FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: Política e Vida Privada na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 79.

<sup>11</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69.

<sup>12</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p.25

<sup>13</sup> DINIZ, *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.5, p. 22.

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 226: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento." Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014.

conceito de família e abarcou essa união, bem como as relações monoparentais, não mais adotando o casamento como única forma de constituição de família.<sup>15</sup>

Outra característica importante do direito de família diz respeito à sua natureza jurídica. A família é a base mais firme que sustenta a sociedade, merecendo assim, uma tutela estatal especial, assim como versa o art. 226, Constituição Federal. Em razão disso fixam-se normas de ordem pública, as quais não são passíveis de revogação pelo simples desejo do particular, e se estabelece a atuação do Ministério Público nas ações que versam sobre relação familiar. O ordenamento busca assegurar em seu regime uma relação jurídica familiar certa e estável. Apesar de a lei deixar margem a um grau de liberdade em certas ocasiões, como no caso da livre deliberação do casal no planejamento familiar, essa liberdade é relativa e limitada, como ocorre na hipótese da nulidade de cláusulas que versem sobre a renúncia definitiva de alimentos. Dessa forma, explica José Lamartine Corrêa de Oliveira:

“No Direito de Família, há um acentuado predomínio das normas imperativas, isto é, normas que são inderrogáveis pela vontade dos particulares. Significa tal inderrogabilidade que os interessados não podem estabelecer a ordenação de suas relações familiares, porque esta se encontra expressa e imperativamente prevista na lei.”<sup>16</sup>

Devido à importância social do direito de família, as normas de ordem pública aparecem de forma predominante, impondo mais deveres do que direitos. Percebe-se uma interferência crescente do Estado no direito de família, buscando dar as relações familiares uma proteção maior e garantir uma melhor condição de vida às novas gerações. Por conta disso, alguns doutrinadores têm retirado o direito de família do direito privado e o colocado no direito público. Já outros autores o classificam como direito *sui generis* ou direito social. No entanto, Carlos Roberto Gonçalves, assim como a maior parte da doutrina, classifica o direito de família como sendo de direito privado, em razão das relações jurídicas que se destina a regular, pois se submete a proteger a família e seus interesses.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p.25

<sup>16</sup> OLIVEIRA, 1990 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 26

<sup>17</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 27

Ademais, o direito de família se trata de um direito extrapatrimonial, e por conta disso, personalíssimo. Além disso, não pode ser renunciado ou transmitido, não comportando condição ou termo ou o exercício por meio de procuração.<sup>18</sup>

A família é a base do Estado, instituto pelo qual se firma a organização social e merece ampla tutela estatal.<sup>19</sup> A partir disso, decorrem as seguintes conclusões:

“a) família não é só aquela constituída pelo casamento, tendo direito as demais entidades familiares socialmente constituídas; b) a família não é célula do Estado (domínio da política), mas da sociedade civil, não podendo o Estado tratá-la como parte sua.”<sup>20</sup>

Além da família nuclear, conhecida por sua formação unidade familiar composta por pai, mãe e filhos, existem também outros modelos de família, tais como as que têm origem na união estável, a qual consiste numa união duradoura, que seja pública e tenha continuidade, porém não advinda da formalidade de um casamento, e também as famílias monoparentais, que são as famílias formadas por somente um dos pais e os filhos, se aplicando nas situações onde pessoas solteiras, separadas ou viúvas vivem com seus descendentes.<sup>21</sup>

Certo é que houve uma amplificação no que antes se entendia por família, visto que não mais se restringe àquele modelo de entidade familiar constituído pelo matrimônio. Conforme o autor, segundo apontam dados do IBGE, podem ser encontrados os seguintes modelos de famílias brasileiras: homem e mulher casados e filhos biológicos e/ou filhos não biológicos; homem e mulher em união estável e filhos biológicos e/ou filhos não biológicos; entidades monoparentais – somente o pai ou a mãe e filhos biológicos e/ou filhos adotivos; união de parentes com convivência afetiva, sem a presença de pai ou mãe como “chefe” da família; pessoas sem vínculos de parentesco que tenham relação de afetividade; uniões homossexuais; concubinos, com ou sem filhos; família composta por “filhos de criação”, os quais não têm entre si laços consanguíneos ou adoção regular, incluindo a relação entre padrasto/madrasta e enteados.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> DINIZ, *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.5, p. 26.

<sup>19</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 17.

<sup>20</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p.18.

<sup>21</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 48/49, 51.

<sup>22</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p.78/ 79.

Entre todos os modelos de família apresentados, há a presença de aspectos comuns, sem os quais não se caracterizaria as unidades familiares. São eles: o afeto, como base e finalidade da família; a estabilidade; e o convívio público. Cada unidade familiar tem sua própria forma de composição, sujeitando-se às normas jurídicas próprias. Caso não exista uma legislação ordinária que trate de uma entidade familiar específica, ela será regulada por regras e princípios constitucionais e de direito de família. Não pode haver preferências ou padrões de família exclusivos, devendo importar o afeto e a proteção da personalidade dos indivíduos que as compõem.<sup>23</sup>

O direito brasileiro não adota somente um modelo de família. Atualmente, a família nuclear – formada por pais e filhos – é a que predomina, porém as outras formas de família também merecem proteção legal. De fato, a atual Constituição Federal trouxe uma mudança no que trata de família em seu artigo 226, *caput*: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Percebe-se que não houve menção a qualquer modelo específico de família. Ou seja, recebem proteção constitucional todas as famílias formadas socialmente. No que tange aos modelos de família que se encontram nos parágrafos do art. 226, estes são apenas exemplificativos. As demais espécies de família existentes estão inclusas no conceito extenso de família encontrado no *caput*.<sup>24</sup> Nesse sentido, afirma-se:

“A família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutela na medida em que – e somente na medida em que – se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes.”<sup>25</sup>

A Constituição protege essencialmente a dignidade de cada membro da família, especialmente no que trata do desenvolvimento da personalidade da prole.<sup>26</sup> A tutela constitucional não se dá na entidade familiar como um todo, mas sim sob cada membro da família, no seu desenvolvimento como pessoa humana, isso

---

<sup>23</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p.79/80

<sup>24</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46, 82/ 83

<sup>25</sup> TEPEDINO, 1999 apud NOGUEIRA, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 49/50

<sup>26</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 49

justifica o fato de todos os tipos de família receberem proteção, visto que, caso uma entidade não seja protegida, isso refletirá em seus membros.<sup>27</sup>

Cabe mencionar que as relações civis passaram por uma personalização, retirando o foco da suas funções econômicas, políticas, religiosas e procracionais para a função de realização da afetividade das pessoas. A partir disso, se identifica que a família é o campo ideal da personalização do direito. As famílias passaram a dar mais prioridade para o interesse da pessoa humana do que para as relações patrimoniais. É a negação da coisificação para que a dignidade do ser humano seja ressaltada. Afirma-se que os direitos tratados no direito de família – pessoais, patrimoniais e assistenciais – são constituídos em relações predominantemente pessoais, não prevalecendo os interesses patrimoniais. Considera-se, por isso, o direito de família como o ramo mais pessoal do direito civil.<sup>28</sup>

As entidades familiares também apresentam natureza patrimonial. Entretanto, essa característica não pode ser vista com prioridade, tendo em vista que isso pode deturpar a finalidade da família, que é campo de concretização pessoal e afetiva dos seus integrantes. A função econômica não tem mais o mesmo valor que tinha antes, em razão das famílias não serem mais consideradas entidades produtivas ou forma de seguro para a chegada da terceira idade, papel atualmente da Previdência Social. Essa função foi se perdendo com a emancipação feminina e com a grande diminuição da quantidade de filhos nas famílias.<sup>29</sup> De forma diversa da família tradicional, que tinha como foco o direito patrimonial,

“a família atual é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos.”<sup>30</sup>

Observa-se que antes a atenção que era transferida de forma excessiva nas relações patrimoniais está sendo descaracterizada, apresentando novo referencial

---

<sup>27</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84

<sup>28</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22/23

<sup>29</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19, 25/26

<sup>30</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27

no direito civil. Como afirma Gustavo Tepedino<sup>31</sup>, a partir do momento em que a dignidade da pessoa humana passou a ser considerada a base da República e submeter as relações de natureza patrimonial a valores existenciais, as relações passaram a ser despatrimonializadas.<sup>32</sup>

“A repersonalização não significa um retorno ao vago humanismo da fase liberal, ao individualismo, mas é a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar; no humanismo que só se constrói na solidariedade – no viver com o outro.”<sup>33</sup>

Percebe-se que a personalização atual das unidades familiares traz a ideia da pessoa humana como foco principal do direito. Diferentemente do Direito de Família tradicional, os interesses patrimoniais não imperam nas famílias contemporâneas, as quais são acentuadas pela natureza pessoal e humana, que por sua vez são alicerçadas pelo afeto.<sup>34</sup>

Outro ponto importante que foi modificado nas famílias contemporâneas trata-se da preocupação com a vida privada, que antes era sacrificada em prol do “interesse comum”. Todavia, cumpre ressaltar que hoje, o “universal” parece estar em primeiro lugar quando não está ocorrendo problemas dentro da família, quando todas as coisas estão “em paz”. Mas quando esses problemas começam a surgir, como um divórcio, a doença de um filho, o falecimento de alguém próximo, etc, a vida privada volta a ser vista em primeiro plano com ainda mais atenção.<sup>35</sup>

## **1.2 Afetividade como vínculo de parentesco na família contemporânea**

A família pode ser constituída por três vínculos, os quais podem existir simultânea ou separadamente. São eles: os vínculos consanguíneos, os vínculos de direito e os vínculos afetivos. Este último é fundamento da família atual<sup>36</sup>. Isso foi possível através das grandes mudanças que as entidades familiares viveram,

---

<sup>31</sup> TEPEDINO, 1999 apud PEREIRA, *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*, 16.ed, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 4/5

<sup>32</sup> TEPEDINO, 1999 apud PEREIRA, *Instituições de Direito Civil, Direito de Família*, 16.ed, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 4/5.

<sup>33</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29/30

<sup>34</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25/26

<sup>35</sup> FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: Política e Vida Privada na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 79/80

<sup>36</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18



principalmente no que diz respeito ao modo de convivência familiar. Houve uma redução no número de integrantes nas famílias, o que possibilitou a acentuação da relação sentimental entre os membros.<sup>37</sup>

As entidades familiares atuais valorizam o vínculo afetivo, que antes não tinha tanta importância, colocando em segundo plano o patrimônio e a consangüinidade, vínculos antes considerados primordiais.<sup>38</sup> Isso não significa dizer que antes as famílias não possuíam um mínimo de sentimento afetivo por sua prole, todavia esse sentimento não era nem de longe uma prioridade, tal como é para as famílias modernas em geral.<sup>39</sup>

De fato, o patriarcalismo reprimiu o afeto. Com os casamentos institucionais, o patrimônio passou a ser o maior interesse dentro das relações, fato que deu origem à ideologia de família patriarcal. Essa família surgiu com a presença de ambos os pais e dos filhos, sendo que os pais tinham o pátrio poder sob a prole e gozavam de um patrimônio familiar, que era considerado base e segurança financeira para a família. Todavia, essa família apenas mostrava um interesse patrimonial, o qual muitas vezes corrompia e até mesmo substitua as relações afetivas.<sup>40</sup>

Atualmente, sabe-se que a existência de uma família não depende necessariamente da presença de um homem e uma mulher que convivem maritalmente. Na verdade, faz-se necessária a existência de pessoas que aceitam unir as suas vidas em razão de laços afetivos. A partir disso, assim é definido o afeto familiar:

“é um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo que estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e

---

<sup>37</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p.42/44

<sup>38</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p.42/44

<sup>39</sup> FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: Política e Vida Privada na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p.86

<sup>40</sup> BARROS, A Ideologia do Afeto, *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, jul/set 2002, p. 7.

sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam.”<sup>41</sup>

O afeto é o responsável pela união. A presença de um pai e uma mãe ou de um homem e uma mulher é dispensável para a formação de uma família, visto que atualmente existem famílias formadas apenas por homens ou somente por mulheres. As relações familiares atuais são formadas por um afeto tão íntimo, intenso, claro e perseverante que independem do sexo de seus integrantes e também de relações sexuais, de forma contrária ao que era imposto antes.<sup>42</sup>

Como se percebe, dentro do processo de transformação da família, o afeto teve uma função essencial. Esse sentimento é a motivação da união das pessoas, assim como quando ele não está mais presente é causa de rompimento das relações. O afeto obteve diferentes aplicações na família patriarcal e na família atual. Na primeira, havia uma presunção do afeto, que poderia existir ou não. Já na família contemporânea a afetividade é o motivo da sua existência, sendo fundamental para a sua perpetuidade. A família atual tem como princípio o amor. É o sentimento que une a família e dá continuidade a ela. Segundo Jacqueline Nogueira<sup>43</sup>:

“A família sociológica se assenta no afeto cultivado dia a dia, alimentando no cuidado recíproco, no companheirismo, cooperação, amizade e cumplicidade. Nesse ínterim, o afeto está presente nas relações familiares, tanto na relação entre homem e mulher como na relação entre pais e filhos, todos unidos pelo sentimento, na felicidade e no prazer de estarem juntos.”

A família é um alicerce de afeto, independentemente da forma em que foi construída. É na família que se recorre quando se necessita de apoio para enfrentar as adversidades que a vida coloca. Tanto os laços sanguíneos quanto o afeto são elementos que constituem a família, mas há de se reconhecer que “(...) a affectio

---

<sup>41</sup> BARROS, A Ideologia do Afeto, *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, jul/set 2002, p. 9.

<sup>42</sup> BARROS, A Ideologia do Afeto, *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, jul/set 2002, p. 9

<sup>43</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p.53

constante e espontânea exerce cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar”.<sup>44</sup>

A união pela afetividade parte da escolha voluntária das pessoas e, a partir daí, surgem como conseqüências, a liberdade e a igualdade. Cada membro da família busca a própria realização por intermédio do outro, prevalecendo o companheirismo. É por causa do afeto que há a possibilidade de cada pessoa abrir mão de parte de sua liberdade e renunciar em prol dos demais membros, com a intenção de que esses membros da família também tenham a chance de prosperar, havendo, por fim, resultados propícios para toda a família. É nesse sentido que entende Nogueira<sup>45</sup>:

“A afetividade é o elemento nuclear e definidor da união familiar, onde a finalidade mais relevante da família é a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar num humanismo que só se constrói na solidariedade com o outro, a função afetiva a unifica e a estabiliza, onde o respeito, a liberdade e a igualdade são práticas constantes.”

Essa é a chamada família eudemonista<sup>46</sup>, aquela que tem como fundamento a felicidade, onde o que mais importa são as relações pessoais de seus integrantes. A partir dessa visão, percebe-se a família como base para a realização de seus membros. Dessa maneira, os laços afetivos predominam na família sociológica. Os pais se responsabilizam pela criação e proteção dos filhos independentemente da existência de um vínculo biológico ou jurídico, transferindo amor àquela criança e, com isso, demonstrando a sua paternidade.<sup>47</sup>

De fato, percebe-se que, como nunca, os pais amam os seus filhos, sofrem com a ideia de que eles não se realizem futuramente e, muitas vezes essa prole demonstra o mesmo amor perante seus pais. Dessa forma, os laços entre eles são reforçados e se aprofundam cada vez mais. Apesar desse afeto presente nas

---

<sup>44</sup> PERLINGIERI, 1997 apud NOGUEIRA, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 54

<sup>45</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 54

<sup>46</sup> “Proclama-se a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.” FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 306

<sup>47</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 55

famílias ser a regra nas famílias atuais, deve-se reconhecer que há exceções, como nos casos de famílias em que não existe afeto entre seus membros, pais que maltratam os filhos e vice-versa, entre outros. Porém, são particularidades que confirmam a regra geral, como pode ser comprovada pela reação de reprovação e indignação da sociedade ao saber desses casos.<sup>48</sup>

Dessarte, a ideia de família ultrapassa a percepção biológica e depara-se com outros valores, surgindo a família afetiva, dando destaque à paternidade advinda do afeto. Como bem ensina Nogueira, “a família é uma estrutura de afetividade, seja qual for a realidade de sua construção (...). A família é um lugar subjetivo onde recorreremos sempre que precisamos de referências, apoio e conforto para tratar de questões que a vida nos apresenta.”<sup>49</sup>

A família sociológica deve ganhar um olhar mais expressivo, pois trata-se da paternidade construída no dia a dia, não se resumindo a um laço consanguíneo. É a realidade do menor que deve ser considerada. É a família aos olhos da sociedade, cuja única prova existente da sua formação é o afeto. No Estatuto da Criança e do Adolescente existe um cuidado com o afeto quando o assunto se refere à famílias substitutas. Estabelece-se que a relação de afeto deve ser analisada para a escolha da família, tal como dispõe o §3º do artigo 28<sup>50</sup> do Estatuto.<sup>51</sup>

A questão levantada a respeito do interesse do menor demonstra as mudanças do direito de família. Isso decorreu da preocupação com a afetividade existente nas famílias, havendo como consequência, uma proteção nas relações familiares, as quais visam, principalmente, a tutela e o desenvolvimento das crianças e adolescentes.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: Política e Vida Privada na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p.78

<sup>49</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 61

<sup>50</sup> BRASIL. Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Art. 28: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. § 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.” Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014.

<sup>51</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p.56

<sup>52</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 171/172

Entretanto, nem sempre houve essa preocupação com os interesses dos menores. A civilização humana cometeu um grande equívoco ao considerar o menor como plano inferior, o qual não era titular de funções perante a família e a sociedade no ponto de vista do Direito. Diante disso, a prioridade dos interesses do menor surgiu para corrigir esse erro. A criança e o adolescente merecem um cuidado diverso das outras pessoas, tendo em vista que se encontram em desenvolvimento tanto no plano físico quanto no psíquico. Esse tratamento especial não tem o fim de depreciá-los no ordenamento jurídico, mas sim de dar-lhes proteção integral com o intuito de permitir “o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, conforme a feliz redação do artigo 4º, da Lei 8069/1990<sup>53</sup>.”<sup>54</sup>

Questão importante aonde o afeto também vem sendo analisado está no que concerne à guarda de uma criança. A jurisprudência também vem se preocupando com as relações afetivas, visando o interesse da criança. Baseando-se nisso, algumas decisões têm pendido para o lado onde haja vínculo afetivo com a criança, o qual nem sempre se dá com os pais consanguíneos.<sup>55</sup>

Também há uma grande presença do afeto nas famílias reconstituídas. Essas famílias consistem na função de pai ou mãe assumida por pessoa que não tem esse vínculo biológico com a criança. Ocorre, por exemplo, nos casos de pessoas solteiras que criavam seus filhos sem a presença do outro parceiro, nos casos de separação ou viuvez. O afeto existente entre o novo casal é ultrapassado para os filhos do outro par, passando a existir uma nova família, a qual é alicerçada pelo afeto.<sup>56</sup>

O afeto também é percebido nas relações homossexuais. Mesmo sendo um ponto polêmico, não há como se negar a presença do afeto, visto que negar isso iria ensejar na negação da realidade. A afetividade não é exclusiva das relações

<sup>53</sup> BRASIL. Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Art. 4º: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.” Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014.

<sup>54</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 28, n. 101, p. 32, dez. 2008

<sup>55</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p.57/58

<sup>56</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 58

heterossexuais. A família é uma estrutura de afeto, independente da sua forma de constituição, por isso não se justifica recorrer à modelos considerados ideais.<sup>57</sup>

Recentemente a afetividade começou a fazer parte do direito de família brasileiro, mais especificamente a partir da segunda metade da década de 1990. Talvez pelo fato do afeto fazer parte das ciências sociais e da psicologia, houve certa oposição de torná-lo parte do direito. Porém, não é o afeto por si só que importa para o mundo jurídico, mas sim as relações afetivas que ocorrem na sociedade, gerando comportamentos que merecem ser tipificados pelo ordenamento jurídico.<sup>58</sup>

Mesmo com a indissolubilidade do casamento prevista anteriormente, as pessoas se permitiram buscar novamente a felicidade, construindo novas famílias, fazendo com que o legislador, mesmo que a passos lentos, seguisse acompanhando a nova realidade apresentada e, desse modo, a realidade da sociedade passou a transformar o direito.<sup>59</sup> A família afetiva passou a ser consolidada no direito brasileiro através da doutrina e da jurisprudência, as quais passaram a considerar o convívio em família como parte dos direitos fundamentais, pautando-se também na proibição de discriminação dos filhos. Entretanto, as famílias não têm regras somente regidas pelo direito, devendo obedecer também regras morais, religiosas e também regras pautadas nos costumes.<sup>60</sup>

Contudo, há que se ter um cuidado para não impor o afeto por meio da lei, na tentativa de compelir uma afetividade nas relações, como ocorria no Código de 16 no que dizia respeito ao prazo imputado para a separação prévia de divórcio, buscando resgatar um casamento que já não existia mais. Nota-se que impor uma relação afetiva gera um efeito diverso do esperado: em vez de ensejar a união, separa.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p.58/59

<sup>58</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29.

<sup>59</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 45

<sup>60</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*, 16.ed, Rio de Janeiro: Forense, 2007, v.5, p. 21, 39.

<sup>61</sup> BARROS, A ideologia do Afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, jul/set 2002, p. 10.

### 1.3 Paternidade Afetiva e sua aplicação na adoção à brasileira

Segundo o entendimento clássico, o estado de filho deriva de um fato advindo de uma reprodução ou de um ato jurídico, como a adoção. Esse estado de filho, entretanto, pode vir de uma “posse de estado de filho”, que consiste na aparência de um estado, fazendo com que haja uma presunção da filiação e, conseqüentemente, permita comprovar uma relação paterna alicerçada na afetividade.<sup>62</sup>

Como se percebe, esse estado de filiação diz respeito a uma circunstância que condiz com a realidade, na qual alguém passa a imagem de filho de outra pessoa, mesmo que essa situação não seja a mesma da realidade legal. Trata-se de uma soma de situações que consolidam a presunção de uma relação de filiação, sendo suficiente para substituir a falta do registro de nascimento. Assim, verifica-se que a prova da paternidade pode se dar por uma certidão de nascimento ou por uma circunstância fática.<sup>63</sup>

A “posse de estado de filho” não surgiu apenas na atualidade, mas pelo contrário, antes da instituição de registros de nascimentos, a paternidade era identificada nas relações diárias e na forma como um adulto tratava aquela criança, passando a ideia de uma relação de pai/mãe e filho para a sociedade. A ideia dessa posse voltou atualmente tendo em vista a valorização do afeto dentro das relações.<sup>64</sup>

Discordando de parte da doutrina e da jurisprudência, Belmiro Pedro Welter esclarece que o termo correto a se usar não é “posse de estado de filho”, mas sim “estado de filho afetivo”, tendo em vista que a relação paterna não se trata de posse e domínio, mas sim de sentimentos afetivos e na procura de uma felicidade recíproca entre os membros da família.<sup>65</sup>

A doutrina entende que há estado de filiação a partir de três elementos: *tratactus*, que diz respeito ao tratamento de filho que é deferido àquela criança, *nomem*, que versa sobre aquela pessoa carregar o nome de família de seus “pais”, e

---

<sup>62</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 103.

<sup>63</sup> LÔBO, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 236/237

<sup>64</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 110/111

<sup>65</sup> WELTER, Belmiro Pedro, 2003, apud PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v.5, p. 40

*fama*, que trata do reconhecimento daquela pessoa como filho perante a família e a sociedade.<sup>66</sup> A maior parte da doutrina desobriga o requisito do nome, considerando como suficientes os requisitos da reputação e do tratamento, tendo em vista que o filho muitas vezes é conhecido pelo seu prenome.<sup>67</sup> Cabe salientar que não é necessário que esses três elementos apareçam juntos para que se configure o estado de filho. Em caso de incerteza, deve-se buscar favorecer o estado de filiação.<sup>68</sup>

A “posse de estado de filho” ou o “estado de filho afetivo” correspondem a uma relação de afeto decorrente de situações de fato, onde há a realização de todos os direitos e deveres peculiares da filiação, sendo esse exercício conhecido por todos. Dessa maneira, a “posse de estado de filho” resulta da relação pai e filho, sendo o fundamento da paternidade sociológica. “A paternidade socioafetiva, sob a noção de posse de estado de filho (...), não se funda com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade”<sup>69</sup>. A paternidade sociológica tem como base a posse de estado de filho, visto que consiste numa construção diária de afeto, fazendo com que nasçam os laços reais entre pais e filhos.<sup>70</sup>

Segundo Lôbo, a paternidade socioafetiva se constitui no convívio com a família, não importando a origem do filho. O principal ponto a se verificar é a relação familiar independentemente da exclusividade da relação consanguínea entre pai e filho. Toda paternidade deve ser afetiva, tendo ou não origem biológica. Ou seja, a paternidade sociológica é gênero, e as paternidades consanguínea e não consanguínea são espécies.<sup>71</sup>

A paternidade não se limita ao dever de fornecer alimentos ou aos direitos hereditários. Compreende a construção de valores obtidos durante o convívio com a família durante a infância e a adolescência. A paternidade é um direito-dever que se

<sup>66</sup> LÔBO, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 237.

<sup>67</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 156

<sup>68</sup> LÔBO, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 237.

<sup>69</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 85/86.

<sup>70</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 114.

<sup>71</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 339, jan. 2006, p. 45.



constrói na relação socioafetiva e se encarrega do dever de realizar os direitos fundamentais do ser humano que se encontra em formação. Os pais são as pessoas que assumem esses deveres, mesmo que não sejam as pessoas dos genitores.<sup>72</sup>

O reconhecimento da paternidade consanguínea ou afetiva deve vir após ser analisada por uma visão garantista do direito de família, ou seja, “o operador do direito deve levar em conta uma visão utilitarista do processo de família, isto é, o mínimo de sacrifício para os pais e o máximo de benefício para o filho.”<sup>73</sup> Assim, deve-se analisar o caso em si, e não adotar uma generalidade. Dessa forma, pode-se afirmar que o estabelecimento de prazo para a caracterização de estado de filho afetivo torna oculta a verdadeira paternidade, quando na realidade, deveria revelá-la, pois ela somente poderá ser identificada na singularidade e na história de cada caso, diante da observação do tempo passado, presente e futuro.<sup>74</sup>

Existem situações particulares de afeto que devem ser tratadas no direito. Essas situações dizem respeito às espécies de filiação afetiva. São elas: o “filho de criação”, a adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da maternidade ou paternidade, e a chamada “adoção à brasileira”<sup>75</sup>.

a) Filiação afetiva do filho de criação: Mesmo nos casos onde não há um laço biológico ou jurídico, a socioafetividade se faz presente. Aquela mulher ou aquele homem optam por criar uma criança ou adolescente, o qual passa a ser chamado de filho de criação. Não há divergência doutrinária quanto a esse tipo de filiação, mas não há entendimento pacífico na jurisprudência, a qual tem dois entendimentos: o primeiro diz respeito a não equiparação do filho sociológico com o filho biológico, visto que não há no sistema brasileiro a figura da adoção de fato. Já o segundo versa sobre a aplicação de efeitos jurídicos a paternidade socioafetiva, tendo em vista os princípios constitucionais de proteção à criança.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 339, jan. 2006, p. 46

<sup>73</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 159

<sup>74</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 159

<sup>75</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148

<sup>76</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148/149.

b) Filiação afetiva na adoção: A socioafetividade existe na adoção, assim como na filiação biológica. De acordo com Nogueira, a adoção é a situação onde prova-se de forma mais completa que o amor é construído aos poucos, que é desenvolvido na convivência. É nos pais adotivos que se encontra o amor mais puro, pois o vínculo familiar é construído de forma espontânea, pelo único desejo de se tornarem pais.<sup>77</sup>

c) Filiação afetiva no reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade: Ocorre nas ocasiões onde uma pessoa, livre e espontaneamente, requer registrar um filho como sendo seu perante um Cartório de Registro Civil, não carecendo de uma prova genética. A invalidação posterior somente será permitida se demonstrar que a existência de erro ou que a manifestação não ocorreu de forma livre. Cabe ressaltar que a socioafetividade se dá independentemente de o filho ser biológico ou não.<sup>78</sup>

d) Filiação afetiva na “adoção à brasileira”: nasce através do ato de se reconhecer a paternidade ou maternidade biológica, sendo que isso não é a verdade, pois não há relação consanguínea. A jurisprudência entende que essa “adoção” se torna irrevogável a partir do momento que é construído o estado de filho afetivo.<sup>79</sup>

Como já mencionado, existem três espécies de paternidade: a paternidade biológica, que corresponde a paternidade consanguínea; a paternidade jurídica, que deriva da presunção de uma vida em comum com a genitora da criança; e a socioafetiva, que se baseia num ato de escolha apoiado no afeto, sendo importante ressaltar que a jurisprudência passou a considerá-la a partir da adoção à brasileira. Ademais, é importante tratar da forma de comprovação da paternidade afetiva. As paternidades biológica e jurídica podem ser comprovadas por meio de uma ação de

---

<sup>77</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 91.

<sup>78</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 149.

<sup>79</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 150/151.

investigação pautada num exame genético, o DNA. Já a paternidade sociológica não apresenta um meio de prova específico para declará-la.<sup>80</sup>

É possível o ajuizamento de ação declaratória de paternidade ou maternidade afetiva mesmo com a ausência de comprovação técnica, desde que “apta em obter veredicto que afirme a filiação com todas suas conseqüências, como registro civil, direito a alimentos, sucessão e outras garantias.”<sup>81</sup> Negar essa possibilidade significaria uma rejeição ao acesso à justiça e iria contra a igualdade estabelecida pelos tribunais para os tipos de paternidade. No mesmo sentido, ensina Welter<sup>82</sup>:

“Na investigação de paternidade socioafetiva não basta a prova de aparência do estado de filho, mas, sim a busca intransigente da verdadeira paternidade e maternidade sociológicas. Ora, se na investigação de paternidade biológica exige-se a verdadeira filiação, inclusive com a produção do exame genético em DNA, também deve ser obrigatória a mesma verdade na investigação de paternidade socioafetiva, já que na Constituição Federal de 1988 residem apenas essas duas verdades da filiação: biológica e socioafetiva.”

Dessa maneira, sustenta-se a ideia de que a teoria da aparência não deve ser aplicada na investigação de paternidade afetiva, devendo aplicar-se a teoria da evidência, visto que, o juiz, ao decidir, deve declarar a verdadeira filiação sociológica. Ou seja, quando o assunto versar sobre filiação, a decisão do juiz deve se aproximar da realidade consanguínea ou socioafetiva, pois a Constituição Federal afastou a utilização da aparência, o que afasta a aplicação de algo que é verdadeiro apenas nos termos formais.<sup>83</sup>

Cabe mencionar que a filiação afetiva é irrevogável, porém não se deve impedir que o filho socioafetivo conheça os pais biológicos, pois pode se tratar de uma necessidade psicológica da criança. Caso a filiação afetiva já tenha sido construída, o filho pode ajuizar ação de investigatória de paternidade biológica, estando permitido a postular três efeitos jurídicos: por existir uma necessidade psicológica de conhecer a origem consanguínea; para analisar a presença de impedimentos

---

<sup>80</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A Paternidade Fragmentada: Família, Sucessões e Bioética*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 77.

<sup>81</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A Paternidade Fragmentada: Família, Sucessões e Bioética*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 78

<sup>82</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 155.

<sup>83</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 155.

matrimoniais; e em razão de preservação da saúde e da vida do filho ou dos pais consanguíneos, com o fim de não se propagarem doenças genéticas.<sup>84</sup>

“Na ação de investigação de paternidade e da maternidade, a prova do estado de filho poderá ser produzida por todos os meios em direito admitidos, como testemunhas, documentos, perícia e depoimento pessoal.”<sup>85</sup> Nesse sentido, Eduardo dos Santos ensina que as pessoas que têm convívio com o investigante podem depor em juízo, mas não as pessoas em geral, somente aqueles que compartilham uma relação pessoal com o possível filho, a mãe, ou com o próprio investigante. Cabe ressaltar que não basta a afirmação da paternidade pelo pretense pai, devendo esse convencimento ser corroborado pela opinião pública. Ou seja, o filho deve ter sido tratado com essa condição pelos pais e deve ser reconhecido como filho destes pais pelo público.<sup>86</sup> Recomenda-se que o processo de investigação de paternidade sociológica não seja decidido baseando-se de forma exclusiva em provas testemunhais, mas que também seja fundamentado em provas documentais, visto que a prova oral pode ser incerta.<sup>87</sup>

Como referido anteriormente, a “adoção à brasileira” é uma espécie do estado de filiação. Essa “adoção” ocorre quando alguém declara, para fins de registro civil, o menor como filho biológico, sabendo que essa não é a verdade. Ou seja, se trata de uma declaração falsa e consciente.<sup>88</sup> A adoção à brasileira ganhou esse nome porque é realizada conforme o “jeitinho brasileiro”, não observando os requisitos legais. Tecnicamente, não trata-se de adoção, porquanto não há obediência aos trâmites legais. Constitui-se, na verdade, de perfilhação simulada.<sup>89</sup>

Entretanto, as pessoas que agem dessa forma são movidas por um sentimento generoso e com a finalidade de incluir aquela criança como membro da

---

<sup>84</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 180/181

<sup>85</sup> GARCEZ, Martinho, 1914 apud WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 160

<sup>86</sup> SANTOS, Eduardo, 1999 apud WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 160

<sup>87</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 162

<sup>88</sup> LÔBO, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 250

<sup>89</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Adoção à brasileira e a (im)possibilidade de anulação do registro segundo o STJ*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/marciocavalcante/2013/02/27/adocao-a-brasileira-e-a-impossibilidade-de-anulacao-do-registro-segundo-o-stj/>> Acesso em: 18 Mar. 2014

família. Diferentemente da forma como esse tipo de conduta é tratado na lei, a sociedade aceita essas situações, tendo em vista as motivações calcadas em sentimentos de afeto e solidariedade que justificam aquela conduta. Convém ressaltar que essa situação passa a ser reprovável em casos de intenção dolosa, como, por exemplo, o sequestro da criança, visto que, assim, as finalidades buscadas não são as aceitas socialmente, mas sim evidenciam um mero ato egoísta.<sup>90</sup>

Essa prática não é legalmente permitida, sendo, aliás, prevista como crime no artigo 242 do CP<sup>91</sup>. Entretanto, na prática, raramente condena-se alguém pela prática dessa infração. Isso se dá porque o juiz, segundo o parágrafo único<sup>92</sup> do referido artigo, pode conceder o perdão judicial. Não obstante, esse tipo de conduta merece ser investigada, pois ainda que a adoção à brasileira ocorra muitas vezes sem a presença de uma má-fé, deve se atentar a sua prática com o objetivo de cometer atos ilícitos, como o tráfico internacional de crianças.<sup>93</sup>

Apesar dessa “adoção” ser um ato contrário à lei, por não observar os requisitos legais dispostos para a adoção regular, ainda assim consegue atender o disposto no art. 227 da Constituição Federal<sup>94</sup>, circunstância que enseja a ponderação do convívio familiar e das formalidades legais não observadas. Dessa maneira, o registro de nascimento que contém o nome daqueles que não são os

<sup>90</sup> LÔBO, *Direito Civil: Famílias*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 250

<sup>91</sup> BRASIL. Código Penal, de 07 de dezembro de 1940. Art. 242: “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil” <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014.

<sup>92</sup> BRASIL. Código Penal, de 07 de dezembro de 1940. § único, art 242: “Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.” <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014.

<sup>93</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Adoção à brasileira e a (im)possibilidade de anulação do registro segundo o STJ*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/marciocavalcante/2013/02/27/adocao-a-brasileira-e-a-impossibilidade-de-anulacao-do-registro-segundo-o-stj/>> Acesso em: 18 Mar. 2014

<sup>94</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014

pais biológicos da criança não merece a invalidação quando atingido o estado de filiação construído no convívio diário dentro daquela família.<sup>95</sup>

Não há qualquer dependência de falsidade ou não do registro para que a “adoção à brasileira” configure um estado de filiação. Bastam o *nomem*, a *tratactus* e a *fama*, conforme explicitados anteriormente. Dessa maneira, entende-se que o estado de filho afetivo tem o condão de convalidar a certidão de nascimento.<sup>96</sup>

Como explica Cavalcante, quanto à possibilidade da nulidade do registro de nascimento constituído com a falsa paternidade ou maternidade, a decisão deve se dar perante a criação do vínculo socioafetivo com o adotado. Entende-se, todavia, que a filiação socioafetiva produzida com os pais registraes não tira o direito do filho de ter reconhecido o vínculo biológico. Depreende-se dessa compreensão o reconhecimento da ancestralidade biológica como direito da personalidade.<sup>97</sup>

No entanto, numa situação inversa, onde o pai ou mãe queiram anular o registro, há dois entendimentos na jurisprudência do STJ: o primeiro versa sobre a construção do vínculo de socioafetividade com o adotado. Caso ainda não haja esse vínculo, permite-se a anulação. O segundo entendimento, porém, questiona a violação da boa-fé objetiva do pai ou mãe que registrou conscientemente o menor sabendo da real situação, trazendo à tona a regra da *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório). Nessa situação, prevalece o melhor interesse do menor.<sup>98</sup>

<sup>95</sup> LÔBO, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 250/251.

<sup>96</sup> LÔBO, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 251.

<sup>97</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Adoção à brasileira e a (im)possibilidade de anulação do registro segundo o STJ*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/marciocavalcante/2013/02/27/adocao-a-brasileira-e-a-impossibilidade-de-anulacao-do-registro-segundo-o-stj/>> Acesso em: 18 Mar. 2014

<sup>98</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Adoção à brasileira e a (im)possibilidade de anulação do registro segundo o STJ*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/marciocavalcante/2013/02/27/adocao-a-brasileira-e-a-impossibilidade-de-anulacao-do-registro-segundo-o-stj/>> Acesso em: 18 Mar. 2014

## **2 PATERNIDADE AFETIVA DECORRENTE DA ADOÇÃO À BRASILEIRA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Neste capítulo será tratada a paternidade afetiva e a adoção à brasileira no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, será demonstrada a sua aplicação e proteção perante a atual Constituição Federal em seus princípios referentes à filiação: Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade Jurídica dos Filhos, e Afetividade. Em seguida, será demonstrada a sua aplicação no Código Civil de 2002, focando na filiação como direito da personalidade e no trabalho que vem sendo realizado pela doutrina para o reconhecimento da afetividade como forma de parentesco civil. Adiante, a hipótese será vista à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual, conjuntamente com a Constituição Federal, concede uma proteção ao infante, conferindo um tratamento prioritário à criança e ao adolescente por meio da doutrina da proteção integral.

### **2.1 Paternidade Afetiva e Adoção à Brasileira na Constituição Federal de 1988**

O Direito de Família atual passou a ser regulado com base nos princípios e normais constitucionais, alvejando resguardar a família e os valores da sociedade e dando as famílias contemporâneas um tratamento mais adequado com a sociedade atual.<sup>99</sup> O direito de família também é interpretado com base nos direitos fundamentais, “os quais se impõem aos interesses particulares, prevalecendo a constitucionalização do direito civil.”<sup>100</sup> O direito de família é, na verdade, o ramo mais humanizado do direito. “(...) se torna imperativo pensar o direito de família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cuja base e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania”.<sup>101</sup>

Com base nisso, alguns princípios constitucionais relativos à família foram apresentados no capítulo um, quais sejam, o princípio da igualdade jurídica dos

---

<sup>99</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6 p. 21/22

<sup>100</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, 2005 apud LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36

<sup>101</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, 2001 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 22.

cônjuges e dos companheiros, o princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição entre os cônjuges ou conviventes e o princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar. Cabe agora mencionar os princípios constitucionais referentes à filiação<sup>102</sup>:

Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana – Constituição Federal, art. 1º, III<sup>103</sup> – A dignidade da pessoa humana é um elemento primordial para todo e qualquer ser humano, considerados como iguais dentro do gênero humano. Cabe salientar que esse princípio determina a direção das normas infraconstitucionais, mesmo que estas não façam referência expressa à dignidade da pessoa humana, como é o caso do Código Civil de 2002, tendo em vista a primazia das normas constitucionais.<sup>104</sup>

“A Carta de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República (art 1º, III), que antecede todo o texto constitucional. Sendo assim, a realização do indivíduo tem supremacia sobre o grupo, a proteção a todas as pessoas que constituem o grupo deve ser realizada de forma igualitária, pois a desigualdade atinge diretamente a a dignidade.”<sup>105</sup>

Esse princípio é o fundamento da família, dando garantia ao desenvolvimento de seus integrantes, especialmente da criança e do adolescente.<sup>106</sup> A proteção que recebiam as entidades familiares passou a pertencer a cada membro da família, os quais passaram a ser valorizados como pessoas. Dessa forma, não é mais cada integrante que vive para a família, mas sim a família que tem como função essencial o desenvolvimento pessoal de cada membro.<sup>107</sup> A dignidade da pessoa humana é o

<sup>102</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 21/22.

<sup>103</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014.

<sup>104</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62.

<sup>105</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 46.

<sup>106</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 22

<sup>107</sup> GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Editora de Direito, 2003, p. 133.



eixo da família, assegurando, assim, a evolução dos seus membros, em particular a criança e o adolescente, em consonância com o art. 227 da Constituição<sup>108</sup>.

No que concerne o papel do Estado na proteção desse princípio, pode-se entender que a dignidade da pessoa humana, ao mesmo que limita a atuação estatal, com a finalidade de evitar eventual violação do Poder Público perante a dignidade da pessoa, também coloca como dever estatal proteger e promover a todos uma vida com dignidade.<sup>109</sup>

“a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.”<sup>110</sup>

Cabe esclarecer que além desse princípio sujeitar o Estado, vincula também as relações privadas, fazendo com que a dignidade da pessoa humana esteja a frente das relações particulares.<sup>111</sup> Dessa maneira, verifica-se que a observância desse princípio, além de dever do Estado, é também um dever da própria família e da sociedade.<sup>112</sup> Trata-se de um princípio que deve ser obedecido tanto em relações jurídicas públicas, quanto em relações jurídicas privadas.<sup>113</sup> “Nessa dimensão, encontra-se a família, como espaço comunitário por excelência para realização de uma existência digna e da vida em comunhão com as pessoas”.<sup>114</sup>

A partir do que foi apresentado, pode-se adotar o seguinte conceito de dignidade da pessoa humana:

<sup>108</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014

<sup>109</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*: na Constituição Federal de 1988. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 110

<sup>110</sup> LUÑO, Pérez, 1995 apud SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*: na Constituição Federal de 1988. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 110

<sup>111</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*: na Constituição Federal de 1988. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 111.

<sup>112</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil*: Famílias, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

<sup>113</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*: Direito de Família e das Sucessões. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v.5, p. 46.

<sup>114</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil*: Famílias, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

“a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”<sup>115</sup>

Princípio da Igualdade Jurídica dos Filhos – Constituição Federal, art. 227, §6º<sup>116</sup> – Como se verifica, a Constituição confere um tratamento igualitário absoluto entre todos os filhos, não aceitando qualquer forma de tratamento diferenciado na filiação, não mais cabendo a discriminação em razão de matrimônio ou de adoção. A discrepância entre filhos legítimos, naturais e adotivos não é admitida, pois atualmente todos os filhos são unicamente filhos, não importando a sua origem.<sup>117</sup> Todavia, essa igualdade de tratamento não significa dizer que é vedado aos pais adotarem formas distintas na educação de cada filho, tendo em vista que o princípio da igualdade requer que as diferenças particulares sejam atendidas de acordo com as suas necessidades, respeitando a individualidade e o diferencial de cada filho. Diante disso, os pais não estarão agindo de forma discriminatória nesses casos onde os desiguais devem ser tratados desigualmente.<sup>118</sup>

A Constituição não privilegia a paternidade biológica em detrimento da paternidade sociológica em nenhum dispositivo. Já que a família socioafetiva é reconhecida constitucionalmente, não há razão para que os juristas biologists resistirem à filiação afetiva. É necessário encontrar uma convivência entre a tese

<sup>115</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*: na Constituição Federal de 1988. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59/60

<sup>116</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. §6º: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014.

<sup>117</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: Direito de Família. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 23/24

<sup>118</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil*: Famílias, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67/68

biologista e tese socioafetiva, visto que não há um interesse social sobre o término da filiação biológica.<sup>119</sup>

“a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo. O direito dos filhos à convivência familiar, tido como prioridade absoluta pela Constituição Federal (art. 227), construído no dia a dia das relações afetivas, não pode ser prejudicado por razões de origem biológica.”<sup>120</sup>

Dessa forma, é inconstitucional o fato de se demonstrar alguma diferença jurídica entre o filho biológico e o filho socioafetivo, visto que a própria Constituição reconhece a equidade de direitos e obrigações entre os filhos. Assim, não se pode conceder efeitos jurídicos diversos a cada filho, pautando-se na ideia de que devem ser tratados da mesma maneira, seja na criação, na educação ou no amor. Percebe-se que está ocorrendo uma evolução dos elementos afetivos, deixando de seguir o modelo de família romano<sup>121</sup>, “resultado disso que o exercício de paternidade quer, agora, uma dimensão mais ampla, que envolve, especialmente, o afetivo.”<sup>122</sup>

“A paternidade socioafetiva é a única que garante a estabilidade social edificada no relacionamento diário e afetivo, formando uma base emocional capaz de lhe assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano<sup>123</sup>, porque ter um filho e reconhecer sua paternidade deve ser, antes de uma obrigação legal, uma demonstração de afeto e dedicação que decorre mais de amar e servir do que responder pela herança genética.”<sup>124</sup>

Cabe ressaltar que os laços consanguíneos e os laços afetivos muitas vezes andam juntos, mas da mesma forma, podem ser duas verdades que não coincidam e, por esse motivo, compreende-se que não é o vínculo biológico que determina a criação da ligação de afeto com uma criança, mas a relação pautada com ela no dia a dia. Segundo Nogueira, os laços consanguíneos têm um papel secundário, e a

<sup>119</sup> WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre Filiação Biológica e Socioafetiva. Porto Alegre. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n.º14, jul-ago-set/2012, p. 132.

<sup>120</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 228.

<sup>121</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 163/164.

<sup>122</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira, 2000 apud WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165.

<sup>123</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165.

<sup>124</sup> BOEIRA, José Bernardo Ramos, 1999 apud WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165.

verdade biológica cede lugar ao vínculo afetivo, vínculo este que é criado, e não determinado.<sup>125</sup>

“A paternidade e a filiação socioafetiva são, fundamentalmente, jurídicas, independentemente da origem biológica. Pode-se afirmar que toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica; em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica.”<sup>126</sup>

Na prática, a maioria das pessoas entende que os verdadeiros pais são aqueles que atuam na criação da criança, não sendo considerado pai ou mãe pela mera procriação. Pai é aquele que cria, ama, educa, tomando para si os deveres intrínsecos de todo pai, sendo, inclusive, considerado como pai pela própria criança/adolescente. Desta maneira, para a sociedade, as relações criadas a partir do afeto são consideradas mais relevantes que as relações provenientes da consanguinidade. Nesse caso, a filiação se dá por atitudes voluntárias dos chamados pais sociológicos. Por uma escolha, esses pais mantêm o vínculo de filiação, cumprindo os diversos papéis de pais e, por conta disso, estes devem ser considerados os verdadeiros pais numa situação onde haja conflito sobre a filiação.<sup>127</sup>

Em contrapartida, porém, está a verdade biológica, que através das provas científicas torna-se indiscutível. O exame de DNA é, sem dúvida, um dos grandes progressos da ciência que auxiliam na atribuição da paternidade biológica. Contudo, deve-se refletir se com os exames de DNA não há uma supervalorização dos laços consanguíneos, reconhecendo como a única relação a ser admitida. Na verdade, o relacionamento entre pai e filho não se limita à mera hereditariedade sanguínea, mas pelo contrário, vai muito além disso.<sup>128</sup>

“(...) verificam-se no dia a dia onde estão presentes alegrias e tristezas, companheirismo, amizade, confiança, cumplicidade e amor; estes são verificados pelos laços afetivos, que, por mais avançada que se torne a determinação científica da filiação biológica, jamais

<sup>125</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 85.

<sup>126</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

<sup>127</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora 2001, p. 55/56.

<sup>128</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 82.

poderá medir a intensidade de um amor verdadeiro entre pais e filhos.”<sup>129</sup>

Verifica-se que esse avanço científico traz à tona a comprovação da paternidade, mas muitos homens obrigados a assumir a paternidade fazem somente o que a lei manda: dar o nome e pagar alimentos, porém anulam para si a existência daquela criança, não permitindo a criação de nenhum vínculo afetivo com o filho. Percebe-se, dessa forma, que a verdade biológica não implica necessariamente na verdadeira filiação.<sup>130</sup> Os laços biológicos nem sempre são os mais apropriados, visto que a verdade absoluta dada aos vínculos de sangue não basta para constituir uma filiação, ainda mais quando a relação pai e filho já houver sido construída no convívio contínuo com os pais afetivos.<sup>131</sup>

Na vida em sociedade, percebe-se que muitas vezes os laços consanguíneos têm menos relevância que os laços afetivos, sendo que em caso de conflito entre um e outro, devem prevalecer as relações afetivas, a não ser que os princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana orientem de outra maneira. Nesse sentido, também é aceita na sociedade a filiação decorrente da “adoção à brasileira”, que se baseia num “crime nobre”, sendo, por isso, aprovada na convivência social, tendo em vista os seus motivos solidários, com exceção de quando essa prática é fundada num sequestro ou outras condutas que retirariam a sua nobreza. Com o convívio contínuo naquela família, essa filiação se torna certa perante a sociedade.<sup>132</sup>

Princípio Jurídico da Afetividade – O afeto é o princípio em que se baseia o direito de família, trazendo estabilidade às relações afetivas, e sendo colocado acima dos aspectos patrimoniais e biológicos. Foi incentivado na Constituição de 1988 e foi um dos grandes fatores da evolução das famílias brasileiras, repercutindo na doutrina e na jurisprudência. Trata-se de um princípio que se encontra na

<sup>129</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 82.

<sup>130</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 82/83

<sup>131</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30

<sup>132</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27

Constituição de forma implícita, visto que estão na Carta Magna fundamentos básicos para o princípio da afetividade, tais como<sup>133</sup>:

“a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, §6º<sup>134</sup>); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§5º e 6º<sup>135</sup>); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §4º<sup>136</sup>); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227<sup>137</sup>).”<sup>138</sup>

A afetividade caracteriza os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, compondo os princípios do convívio familiar e da igualdade conjugal e da filiação. O princípio da afetividade fez nascer a igualdade entre irmãos e a observância aos direitos fundamentais, assim como também fortaleceu a solidariedade recíproca. “É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.”<sup>139</sup> Para Orlando Gomes<sup>140</sup>, o princípio jurídico do afeto como elemento de transformação dentro das famílias se traduz pela chamada desencarnação:

“Por desencarnação entende (...) a substituição, em importância, do elemento carnal ou biológico pelo elemento psicológico ou afetivo e a conscientização de que na formação do homem pesa mais a

<sup>133</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71

<sup>134</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. §6º, art. 227: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014

<sup>135</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. §§5º e 6º, art. 227: “§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014

<sup>136</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. §4º, art. 226: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014

<sup>137</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014

<sup>138</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71

<sup>139</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70/71

<sup>140</sup> GOMES, Orlando, 2001, apud VENCELAU, Rose Melo, *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 115.

educação do que a hereditariedade. Mais do que a voz do sangue fala a coexistência pacífica, senão a camaradagem.”<sup>141</sup>

Há o entendimento que os chamados “filhos de criação” podem estabelecer juridicamente a relação entre pais e filhos, sendo importante para a preservação ou para a desconstituição do vínculo que já existia. Percebe-se que essa posse de estado de filho pode ser usada, mesmo que de forma discreta, como meio de prova da filiação na ausência ou eventual defeito do registro de nascimento.<sup>142</sup> Essa mudança se pauta, entre outros motivos, na transformação da razão pela qual existem as famílias, que têm agora o afeto como sua base.<sup>143</sup>

A afetividade, antes tratada apenas pelas ciências sociais, educação e psicologia, agora é também considerada pelos juristas, os quais visam esclarecer como são as famílias atuais. A doutrina também vem aplicando o princípio da afetividade em diferentes circunstâncias no direito de família, como na solidariedade, no papel da família para o desenvolvimento de seus integrantes, no conflito entre direitos fundamentais, na prioridade do estado de filiação, entre outros. A força que possui a afetividade é tão intensa que muitas vezes torna relativa ou mesmo desnecessária a sua consideração pelo legislador. Todavia, o seu reconhecimento legislativo reforça o dever de afetividade, a qual muitas vezes é a melhor solução para divergências familiares.<sup>144</sup>

## 2.2 Paternidade Afetiva e Adoção à Brasileira no Código Civil de 2002

O parentesco é um fator que define o grupo social pertencente a cada pessoa, apresentando uma soma de direitos e deveres. Trata-se de uma relação jurídica fixada por lei ou por sentença que envolve os membros de uma família, indo além dessa concepção jurídica e baseando-se também em sentimentos de que aquela pessoa entende fazer parte de certo grupo familiar, não deixando de fora desse

<sup>141</sup> GOMES, Orlando, 2001, apud VENCELAU, Rose Melo, *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 115/116.

<sup>142</sup> VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 118.

<sup>143</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327

<sup>144</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72/73

entendimento os valores e costumes sociais.<sup>145</sup> Num sentido restrito, o parentesco comporta somente a consanguinidade, ou seja, trata da relação das pessoas que descendem de um tronco em comum. Já em sentido amplo, inclui o parentesco afim e o parentesco civil, este advindo da adoção ou de “outra origem”, que será tratada adiante.<sup>146</sup>

Os parentes têm entre si um ponto comum de união que pode nascer do casamento, da consanguinidade, da afinidade e do chamado parentesco civil ou derivado. Enquanto o casamento trata do vínculo conjugal, a consanguinidade trata-se do parentesco biológico, a qual diz respeito às pessoas que tem um ascendente ou mesmos vínculos consanguíneos em comum. A afinidade pode versar sobre o parentesco nascido a partir da lei ou sobre os parentes do cônjuge.<sup>147</sup> Já parentesco civil se refere à adoção, à socioafetividade e a inseminação artificial heteróloga.<sup>148</sup>

“Nesse sentido, o Enunciado n. 103 do STJ, aprovado nas Jornadas de Direito Civil de 2002, que assim reza: “O Código Civil reconhece, no art. 1593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho”.”<sup>149</sup>

Na adoção, há o reconhecimento do adotado como filho, rompendo os vínculos com os parentes biológicos, exceto no que trata de impedimentos matrimoniais, e fixa uma vinculação entre os adotantes e o adotado. A lei define o parentesco entre adotante e adotado como sendo um parentesco civil, tal como é encontrado no artigo 1593 do Código Civil<sup>150</sup>.<sup>151</sup> Hoje, os filhos adotivos são tratados em igualdade

<sup>145</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 205

<sup>146</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 309.

<sup>147</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 327

<sup>148</sup> DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.5, p. 387

<sup>149</sup> DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.5, p. 387

<sup>150</sup> BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 1593: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 21 abr. 2014.

<sup>151</sup> DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.5, p. 387



com os filhos naturais, tendo, portanto, os mesmos direitos, tendo em vista o princípio da igualdade jurídica entre os filhos colocado pela Constituição Federal.<sup>152</sup>

No que trata de inseminação artificial heteróloga, esta é advinda de uma inseminação artificial que não contém o material genético do marido da mãe da criança, mas que gera uma ligação de pai e filho entre o marido e o filho que nascer dessa inseminação, devendo observar o fato de que o marido deve ter concordado com a referida reprodução assistida, assim como dispõe o artigo 1597, V do Código Civil.<sup>153</sup> <sup>154</sup> Também se aplica para o caso da gestação ocorrer no útero de outra mulher, que não da “mãe encomendadora”, nos termos utilizados por Rizzardo. Cabe frisar que o doador ou doadora do material genético não possui nenhum vínculo de parentesco com a criança que nascer, cabendo aos pais legais assumirem as responsabilidades da paternidade.<sup>155</sup>

A terceira forma de parentesco civil ocorre na filiação afetiva, a qual é reconhecida pela sociedade como vínculo de parentesco, mesmo com a ausência de uma consanguinidade. A doutrina vem trabalhando no reconhecimento dessa forma de parentesco para que a jurisprudência possa aceitar a parentalidade nascida nas relações afetivas.<sup>156</sup> Essa situação se aplica aos casos dos pais de criação que, por escolha, criam uma criança, transmitindo amor e tomando os cuidados necessários para com ela.<sup>157</sup>

Entende-se que há dois momentos relativos à filiação: o momento fisiológico, que diz respeito à filiação biológica, e o momento psicológico, que trata da filiação afetiva. É evidente que os próprios pais biológicos podem satisfazer as necessidades psicológicas da criança, mas, no entanto, caso esses pais sejam ausentes, não havendo a criação de um vínculo com o filho, tornam-se meros

---

<sup>152</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v.5, p. 398.

<sup>153</sup> BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 1597, V: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 21 abr. 2014.

<sup>154</sup> DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.5, p. 387.

<sup>155</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 455

<sup>156</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 311

<sup>157</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A Filiação que se Constrói: O Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 56

estranhos para os sentimentos dele. De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, para a psicanálise, a estrutura psíquica é determinante para a formação da família, importando os papéis ocupados por cada um de seus integrantes. Os papéis de pai ou mãe não precisam necessariamente ser ocupados pelos pais biológicos. Outras pessoas podem realizar essas funções. O que é fundamental, na realidade, é a ocupação do lugar de pai ou mãe por alguém.<sup>158</sup>

As relações de parentesco têm grande relevância, tendo em vista os seus efeitos jurídicos pessoais ou econômicos, os quais fazem surgir direitos e obrigações recíprocas entre os parentes, salvo o parentesco por afinidade.<sup>159</sup> O parentesco afeta o direito em seus variados campos. A começar pelo direito de família, os vínculos de parentesco refletem, por exemplo, nos impedimentos para o casamento e nos alimentos. No direito processual civil, impede-se que certos parentes sejam testemunhas. No direito constitucional e administrativo restringe-se a ocupação de certos cargos para parentes. No direito penal, há crimes que cometidos em situações onde haja relações de parentesco entre vítima e autor podem agravar a pena.<sup>160</sup>

Outrossim, importante se faz demonstrar o vínculo entre filiação e os direitos da personalidade. Em verdade, existem bens que pertencem de forma tão inerente ao ser humano, que por muitas vezes se confundem com ele mesmo. Os direitos que incidem sobre esses bens são denominados direitos da personalidade, também chamados de direitos personalíssimos, direitos pessoais, entre outros. Em geral, esses direitos são oponíveis *erga omnes*, não são patrimoniais, são indisponíveis, imprescritíveis e intransmissíveis, assim como versa o art. 27 da Lei 8069/90<sup>161</sup>, o

---

<sup>158</sup> PEREIRA, 1997 apud NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A Filiação que se Constrói: O Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 87

<sup>159</sup> DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.5, p. 387.

<sup>160</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. 10.ed. São Paulo: Atlas, S.A, 2010, p. 221

<sup>161</sup> BRASIL. Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Art. 27: "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça". Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 09 maio 2014.

qual considera o reconhecimento de filho como direito personalíssimo, caracterizado pela indisponibilidade e imprescritibilidade.<sup>162</sup>

O *status* de filho vem do *status familiae*, ou seja, trata-se da maneira adotada para delinear a posição de uma pessoa dentro de uma família. No Código Civil de 1916, isso tinha importância para definir filhos legítimos e ilegítimos, visando demonstrar que o grupo e a família legítima eram superiores. Porém, como já mencionado, a Constituição de 88 retirou essas designações, agora havendo somente o *status* de filho, sem quaisquer denominações. Não há mais a superioridade de um grupo sob um indivíduo, “mas tem-se o *status* como qualidade da pessoa como consequência de ser pertencente ao grupo familiar.”<sup>163</sup> Para Luiz Edson Fachin, a posse de estado de filho se traduz como:

“A reunião dos três elementos clássicos: a *nominatio*, que implica a utilização pelo suposto filho do patronímico, a *tractatio*, que se revela no tratamento a ele deferido pelo pai, assegurando-lhe manutenção, educação e instrução, e a *reputatio*, representando a fama ou notoriedade social de tal filiação.”<sup>164</sup>

O estado de filho também pode ser visto como uma das formas da aparência, tendo em vista que pela teoria da aparência, as pessoas gozam de uma condição jurídica que na verdade não lhes pertence, mas são consideradas por outras pessoas como se possuíssem aquela condição. A aparência no estado de filho tem o papel de trazer uma segurança jurídica a uma relação paterno-filial aparentemente existente, não bastando para a sua configuração a opinião comum, mas necessitando também de uma verdade interior, a qual se traduz em sentimentos advindos da relação entre pais e filhos.<sup>165</sup>

O Código Civil adota a teoria da aparência como forma de garantir direitos àquelas pessoas que não os possuem juridicamente, como é o caso da pessoa que realiza atos como filho, mesmo que não o seja de forma legal. Cabe observar que a legislação civil não se refere à teoria da aparência aplicada na posse de estado,

<sup>162</sup> VENCELAU, Rose Melo, *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 65

<sup>163</sup> VENCELAU, Rose Melo, *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 66.

<sup>164</sup> FACHIN, Luiz Edson, apud NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A Filiação que se Constrói: O Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p.115/116

<sup>165</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A Filiação que se Constrói: O Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 124/126

limitando-se a sua aplicação ao direito patrimonial. Contudo, o silêncio do ordenamento jurídico não impede que seja aplicada a mencionada teoria na posse de estado de filho, podendo, assim, ser utilizada por interpretação.<sup>166</sup>

É certo que o estado de filho tem uma relação intrínseca com os direitos da personalidade, porém mais importante que a classificação, é a proteção dada ao *status* de filho.<sup>167</sup> Nesse sentido, o novo Código Civil previu em seu artigo 12<sup>168</sup> uma cláusula geral de tutela contra eventuais ameaças ou lesões aos direitos da personalidade, o qual deriva da regra determinada pelo artigo 1º, III<sup>169</sup> da Constituição Federal que, por sua vez, trata da dignidade da pessoa humana. Assim, a proteção do direito não deve limitar-se aos direitos expressos do Código Civil ou na Constituição Federal, mas a todo e qualquer tipo de direito que retrate a tutela da personalidade humana.<sup>170</sup>

No que tange ao estado de filho, há um especial reconhecimento do direito da identidade como um direito da personalidade. O direito à identidade pode ser visto num sentido estático, no que trata do nome, e também pode ser visualizado numa forma dinâmica, quando é revelado no relacionamento do indivíduo com o meio social, onde a filiação é evidenciada. O nome é uma forma de exteriorizar o *status* de filho, sendo ambos dimensões da identidade.<sup>171</sup>

“No bem da identidade, podem englobar-se ainda os próprios sinais sociais de identificação humana, quer principais, como o nome e o pseudônimo, quer acessórios, como a filiação reconhecida, o estado civil (...), que, embora sujeitos a regimes jurídicos específicos,

<sup>166</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A Filiação que se Constrói*: O Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 126/127.

<sup>167</sup> VENCELAU, Rose Melo, *O elo perdido da filiação*: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 67.

<sup>168</sup> BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 12. “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 12 maio 2014.

<sup>169</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 12 maio 2014

<sup>170</sup> BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade*: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Altas, 2005, p. 56

<sup>171</sup> VENCELAU, Rose Melo, *O elo perdido da filiação*: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 69/70

integram, para certos fins, o conteúdo do bem personalístico da identidade.”<sup>172</sup>

Para que exista um desenvolvimento da personalidade, há o pressuposto da existência de uma identidade pessoal e do reconhecimento social da identidade.<sup>173</sup> A identidade pessoal passa a existir com a atribuição do nome ao indivíduo, ao passo que, assim, passa a ser aceito juridicamente como um direito da personalidade.<sup>174</sup> É o nome que identifica e individualiza o ser humano no meio social, mas ao mesmo tempo também o insere numa entidade familiar. Assim, o nome é composto de duas dimensões: a primeira individualiza a pessoa humana, e a segunda concede ao indivíduo uma história decorrente de uma família.<sup>175</sup>

O fato de ser filho diz muito sobre a história do ser humano, porém, como demonstrado, a filiação pode decorrer tanto de uma relação consanguínea quanto de uma outra origem. Assim, os dados biológicos podem ou não servir como base para uma relação paterno-filial. Além dos laços de sangue e da adoção, a filiação pode advir da chamada adoção à brasileira, apesar de configurar um ilícito penal. Cabe observar que o ordenamento jurídico não dá o devido reconhecimento aos laços de afeto que constituem parentesco, que é o caso da adoção à brasileira, a qual estabelece um vínculo de filiação a partir do reconhecimento de uma criança como filho, mesmo sem a presença uma consanguinidade.<sup>176</sup>

O *status* de filho como direito da personalidade ultrapassa qualquer classificação, merecendo ser tutelado pelo fato de ser necessário ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana. Todavia, é necessário observar que esse *status* não se refere à paternidade, mas sim à filiação, devendo, assim, o

---

<sup>172</sup> SOUSA, 1995 apud VENCELAU, Rose Melo, *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 69

<sup>173</sup> BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 117

<sup>174</sup> MORAES, 2000 apud BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 117

<sup>175</sup> BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 117/119.

<sup>176</sup> VENCELAU, Rose Melo, *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 70/71

direito da identidade ser analisado sob o ponto de vista da supremacia do interesse do filho.<sup>177</sup>

Desse modo, a Constituição Federal e o Código Civil consideram direitos da personalidade não somente o que prevêem expressamente em seus dispositivos, mas todo direito que demonstrar personalidade humana. É nesse sentido que o Código Civil adota um regime de números abertos para os direitos da personalidade, fazendo com que haja uma proteção jurídica aos casos atípicos, situações ainda não reconhecidas pela legislação, como é a situação da adoção à brasileira.<sup>178</sup> Assim, todas as circunstâncias que estiverem voltadas para o respeito à dignidade da pessoa humana merecem tutela jurídica, mesmo que não haja uma norma específica, tendo em vista a cláusula geral da proteção da pessoa humana.<sup>179</sup>

### **2.3 Paternidade Afetiva e Adoção à Brasileira no Estatuto da Criança e do Adolescente**

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/1990) é uma lei que veio para confirmar as normas constitucionais no que versa sobre a proteção da criança e do adolescente. A Constituição Federal, em seu art. 227<sup>180</sup> já trazia um tratamento diferenciado para as crianças e os adolescentes, considerando-os como sujeitos de direito, e dando-lhes um tratamento prioritário. O Estatuto tem como base a Constituição Federal, fomentando a proteção integral dos menores, visando, assim, a dignidade da pessoa humana. Essa proteção da pessoa que está em fase de desenvolvimento não cabe somente à família, mas se estende à sociedade e ao

---

<sup>177</sup> VENCELAU, Rose Melo, *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 71

<sup>178</sup> BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Altas, 2005, p. 56

<sup>179</sup> VENCELAU, Rose Melo, *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 72.

<sup>180</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 18 maio 2014.

Estado, para que, dessa maneira, os direitos sejam concretizados com prioridade absoluta, tal como dispõe o supracitado dispositivo constitucional.<sup>181</sup>

A partir desses preceitos é que se encontram as percepções de família e filiação adotadas pela Lei 8069/90, merecendo especial atenção os seus artigos 19, 20, 26 e 27. O artigo 19<sup>182</sup> da referida lei, apesar de dar preferência à família natural, condiciona essa ideia ao cumprimento da função da família. Pelo Estatuto, entende-se que a consanguinidade é o principal critério adotado para o conceito de melhor interesse da criança, mas também prevê a afetividade como motivo determinante para a eventual decisão que colocar a criança em família substituta, hipótese do §3º do art. 28<sup>183</sup> do Estatuto.<sup>184</sup>

O artigo 20<sup>185</sup> do referido Estatuto, traz a mesma ideia da Constituição Federal no que tange a proibição de discriminação entre filhos, não fazendo distinção entre filhos advindos ou não do casamento, filhos biológicos ou havidos por adoção, ou filhos consangüíneos ou socioafetivos. Nesse sentido, o artigo 26<sup>186</sup> da Lei 8069/90 traz a hipótese do reconhecimento da filiação, independentemente da origem da filiação. Cabe ressaltar que o reconhecimento voluntário é irrevogável, podendo, entretanto, ser impugnado.<sup>187</sup>

<sup>181</sup> VENCELAU, Rose Melo, *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 47/48

<sup>182</sup> BRASIL. Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Art. 19: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 18 maio 2014

<sup>183</sup> BRASIL. Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Art. 28. “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. § 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.” Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 18 maio 2014.

<sup>184</sup> VENCELAU, Rose Melo, *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 47/48

<sup>185</sup> BRASIL. Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Art. 20. “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 18 maio 2014

<sup>186</sup> BRASIL. Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Art. 26. “Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação”. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 18 maio 2014.

<sup>187</sup> VENCELAU, Rose Melo, *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 48/49

Grande importância tem o artigo 27<sup>188</sup> do referido Estatuto, tendo em vista que trata do reconhecimento da filiação como um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. É personalíssimo por pertencer a própria pessoa, tendo também legitimidade o Ministério Público, uma vez que busca o melhor interesse da criança.<sup>189</sup> É indisponível por não haver possibilidades de ser objeto de transação entre particulares, em razão de ser de interesse de ordem pública. Por fim, tem caráter de imprescritibilidade, visto que a ação judicial de investigação de paternidade não possui prazo para ser proposta, direito que permanece por toda a vida.<sup>190</sup>

Dentre os princípios gerais orientadores do Estatuto da Criança e do Adolescente, merecem destaque o princípio da prioridade absoluta, também chamado de princípio da garantia prioritária, e o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente. O primeiro encontra-se na Constituição, em seu artigo 227<sup>191</sup>, e também no artigo 4º<sup>192</sup> da Lei 8069/90, e se trata da prioridade concedida à criança e ao adolescente em todos os tipos de interesses. Já o segundo, também previsto no artigo 227 da Constituição, trata-se de um princípio que determina a prioridade dos direitos dos menores como critério de interpretação das leis.<sup>193</sup>

O princípio da prioridade absoluta leva em consideração o ser humano em desenvolvimento, tendo em vista que as crianças e os adolescentes são pessoas em

---

<sup>188</sup> BRASIL. Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Art. 27. “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 18 maio 2014

<sup>189</sup> VENCELAU, Rose Melo, *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 50

<sup>190</sup> TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.31

<sup>191</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 18 maio 2014.

<sup>192</sup> BRASIL. Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Art. 4º: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.” Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 18 maio 2014.

<sup>193</sup> MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos*, 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 19/20, 28



formação e, por isso, têm uma fragilidade maior e correm mais riscos.<sup>194</sup> Por conta desse princípio, deve prevalecer a paternidade socioafetiva sob a paternidade biológica, uma vez que a convivência familiar se trata de um direito fundamental. Assim, o direito à paternidade deve ser analisado sob a singularidade de cada caso, visando o desenvolvimento da criança e o relacionando aos vínculos de afeto recebidos durante a infância.<sup>195</sup>

O princípio do melhor interesse da criança trata-se de uma garantia aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, uma vez que deve estar acima de toda e qualquer circunstância fática ou jurídica. Na prática, deve-se recordar que o destinatário final desse princípio é a criança e o adolescente, e não os pais, familiares ou outros interessados. “É o direito deles que goza de proteção constitucional em primazia, ainda que colidente com o direito da própria família.”<sup>196</sup> Assim, como a criança e o adolescente são sujeitos de direito, possuindo direito à expressão, devem ser ouvidos quanto à sua vontade. E, no caso de não haver essa possibilidade, a medida escolhida deve levar como base o princípio do melhor interesse da criança.<sup>197</sup>

Tal princípio demonstra uma mudança considerável na relação entre pai e filho, visto que os filhos passaram a ser tratados como sujeitos de direito a passo que deixaram de ser lidados como objeto. O filho passou a ser encarado como pessoa humana que deve ser protegida pelo ordenamento jurídico, sendo tratado com uma primazia sob os demais membros da família. Em harmonia com a Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente abordou em vários dispositivos o melhor interesse da criança.<sup>198</sup>

Cabe mencionar que o Princípio do Melhor Interesse da Criança deve ser estabelecido e analisado de forma plena na ordem jurídica, mas não somente como um princípio geral, mas sim como parâmetro para interpretar e aplicar as normas

<sup>194</sup> MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos*, 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 20

<sup>195</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 253/254.

<sup>196</sup> MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos*, 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 28

<sup>197</sup> VENCELAU, Rose Melo, *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 132.

<sup>198</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 28, n. 101, dez. 2008, p. 32/33

jurídicas nos assuntos relacionados à criança e ao adolescente. Dessa maneira, a Lei 8069/90 não atém o melhor interesse da criança a um princípio geral, mas também o trata como regra específica em determinadas áreas que envolvem a criança, a exemplo dos seus artigos 23, *caput*<sup>199</sup> e 45, §2º<sup>200</sup>. Não se trata de defender um ato irregular, mas a vida da criança, ou seja, o princípio do melhor interesse da criança. Busca-se proteger a relação que se construiu ao longo do tempo.<sup>201</sup>

Importante salientar que tais princípios estão alicerçados na doutrina da proteção integral, a qual versa sobre a proteção dos direitos da criança e do adolescente, não se limitando apenas aos direitos fundamentais, mas indo além e aplicando-se aos direitos expostos na Lei 8069/90, direitos imprescindíveis para o desenvolvimento nos mais diferentes aspectos, assim como capitulado no artigo 3º<sup>202</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>203</sup>

A adoção é exemplo importante da aplicação da doutrina da proteção integral. A colocação numa família substituta, seja pela guarda, tutela ou adoção é uma medida de proteção, realizada quando não for mais possível a criação do menor pelos pais biológicos. Isso poderá ser constatado por um trabalho feito por uma equipe interdisciplinar em conjunto com técnicos do Conselho Tutelar, onde será dada a possibilidade de encaminhamento da família a programas de assistência.<sup>204</sup>

<sup>199</sup> BRASIL. Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Art. 23. “A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.” Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 23 maio 2014.

<sup>200</sup> BRASIL. Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Art. 45. “A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.” Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 23 maio 2014.

<sup>201</sup> SOUZA, Ionete de Magalhães. Paternidade Socioafetiva. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 9, n. 46, mar. 2008, p. 90-97.

<sup>202</sup> BRASIL. Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Art. 3º: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.” Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 19 maio 2014.

<sup>203</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *O Melhor Interesse da Criança: Um Debate Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 114.

<sup>204</sup> BRAUNER, Maria Claudia Crespo; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A Releitura da Adoção sob a Perspectiva da Doutrina da Proteção Integral à Infância e Adolescência. Porto Alegre. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n.º18, jun-jul/2003, p. 35.

“Constatada a impossibilidade de a criança permanecer junto à sua família de origem, a adoção, como forma de colocação em família substituta, surge como uma possibilidade de reconstrução do direito à convivência familiar.” O fato de saber que a adoção é um ato de opção, e não de uma mera fatalidade, é um motivo significativo para a aproximação entre o adotante e o adotado. Assim, tendo em vista que os laços de afeto são desenvolvidos de maneira especial na adoção, percebe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente traz uma valorização da afetividade como elemento de garantia ao interesse da criança.<sup>205</sup>

Dentro da adoção, deve-se atentar para a chamada adoção à brasileira, a qual não é uma espécie de adoção, mas trata-se de um registro de filho de outrem como próprio. Recebe esse nome pela doutrina e jurisprudência em razão dessa relação configurar uma paternidade afetiva que, por sua vez, tem como principal exemplo a adoção.<sup>206</sup> Essa adoção tem valor para o ser humano, devendo, portanto, adquirir aspecto jurídico, uma vez que retrata uma relação verdadeira entre pais e filhos.<sup>207</sup>

A adoção à brasileira traz uma insegurança para os pais afetivos, pois o registro pode ser desconstituído por um ato dos pais biológicos, eis que o Código Civil ainda dá preferência à filiação biológica. A defesa da permanência dessa “adoção” vem da importância dos vínculos afetivos como valor jurídico, os quais estão sendo considerados pela doutrina e jurisprudência atuais, que aceitam o afeto como elemento basilar nas relações familiares.<sup>208</sup>

No entanto, para o filho, essa relação pode ser considerada segura, visto que a filiação afetiva não pode ser desfeita. A pessoa que registrou aquela criança como seu filho não pode depois de constituído vínculo afetivo, anular o registro, quaisquer que sejam os motivos, valendo-se do fato de que não é o pai consanguíneo daquela

---

<sup>205</sup> BRAUNER, Maria Claudia Crespo; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A Releitura da Adoção sob a Perspectiva da Doutrina da Proteção Integral à Infância e Adolescência. Porto Alegre. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n.º18, jun-jul/2003, p. 36.

<sup>206</sup> MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*, Aspectos Teóricos e Práticos, 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 255.

<sup>207</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 531.

<sup>208</sup> MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*, Aspectos Teóricos e Práticos, 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 256

pessoa.<sup>209</sup> Isso ocorre em razão da importância da pessoa humana, tendo em vista que o reconhecimento traz consequências decisivas na vida da pessoa que foi “adotada”.<sup>210</sup>

A solução para a permanência dessa relação constituída no afeto seria aplicar a adoção *intuitu personae*, a qual se trata da adoção onde os pais biológicos escolhem a família substituta que seu filho fará parte. Essa escolha se dá antes do pedido de adoção no Poder Judiciário. Isso ocorre a partir da gestação, havendo contatos entre a mãe biológica e a família que pretende adotar aquela criança e, com o nascimento, a criança é entregue a família substituta. Não haveria problemas nessa adoção, uma vez que os pais devem zelar por seus filhos, preocupando-se, desde o início, pela família que seu filho pertencerá.<sup>211</sup>

Entretanto, essa adoção sofre muitas críticas, como o argumento de que isso poderia ocorrer numa troca da criança por dinheiro. Porém, como após a escolha dos pais existiria um processo de adoção, esse fato poderia ser identificado e as medidas cabíveis seriam exercidas. A mesma solução se daria para aqueles que levantam a hipótese dos pais escolhidos não reunirem as condições exigidas para criarem aquela criança, já que o Poder Judiciário poderia intervir durante o processo de adoção, com base nas avaliações feitas por equipes interprofissionais. A terceira crítica se dá quanto ao cadastro de adotantes, os quais esperam por anos a chegada de uma criança. Porém, antes disso, deve-se avaliar a relação de afeto já existente entre a criança e seus pais adotantes, a qual deve prevalecer.<sup>212</sup>

Contudo, apesar da adoção *intuitu personae* não ser proibida, o artigo 50, §13<sup>213</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente, inserido pela Lei nº 12.010/09, foi

<sup>209</sup> MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos*, 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 256

<sup>210</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8.ed. Rio de Janeiro. Forense, 2011, p. 531

<sup>211</sup> MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos*, 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 251, 252/ 256.

<sup>212</sup> MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos*, 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 252

<sup>213</sup> BRASIL. Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Art. 50. “A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. § 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando: I - se tratar de pedido de adoção unilateral; II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a

estabelecido visando impedir a possibilidade dessa adoção. É uma regra que dá a entender que as pessoas que agem de forma contrária estão agindo de má-fé, e restringe a liberdade dos pais de escolherem quem, na suas opiniões, seriam as melhores pessoas para substituí-los na criação de seu filho.<sup>214</sup>

Dessa maneira, depois de construído o afeto a partir da adoção à brasileira, seria adequado utilizar-se da adoção *intuito personae* para que a situação pudesse ser regularizada e, em contrapartida, o Estado exerceria um controle nas filiações afetivas, podendo, assim, constatar se de fato as crianças e adolescentes estão sendo protegidos. No entanto, cabe observar que essa solução não significa uma concordância com a prática dos atos ilegais, mas sim uma busca de proteção à continuidade das relações afetivas já construídas onde estão envolvidas crianças e adolescentes.<sup>215</sup>

Por fim, a despeito da adoção à brasileira se constituir na origem uma conduta contrária ao direito, a convivência familiar e a consequente paternidade afetiva por ela gerada constituem uma causa jurídica eficiente à manutenção do infante no lar afetivo.

---

ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.” Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 25 maio 2014.

<sup>214</sup> MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*, Aspectos Teóricos e Práticos, 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 255

<sup>215</sup> MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*, Aspectos Teóricos e Práticos, 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 258.

### 3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA PATERNIDADE AFETIVA DECORRENTE DA ADOÇÃO À BRASILEIRA

Este capítulo abordará casos concretos relativos ao tema. Serão apresentados julgados favoráveis e desfavoráveis à aceitação da perpetuação da paternidade gerada pela adoção à brasileira em razão da existência ou inexistência do vínculo afetivo criado entre pais e filhos, tendo como justificativa a realidade fática e a consolidação da filiação, a qual não pode ser desprezada por aqueles que registraram a criança e nem por terceiros, devendo, portanto, essa relação receber amparo jurídico. Em ambas as jurisprudências será possível identificar a preocupação com o melhor interesse da criança, bem como a aplicação da regra da proibição do comportamento contraditório para a decisão sobre a continuidade da relação paterno-filial. Além disso, poderá se observar que não há reconhecimento da adoção à brasileira quando não restar consolidada a afetividade na relação paterno-filial.

#### 3.1 Jurisprudência Favorável à Paternidade Afetiva na Adoção à Brasileira

##### 3.1.1 *Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.259.460/SP*

Trata-se de recurso especial interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual deu provimento ao agravo de instrumento interposto pela recorrida, reconhecendo a ilegitimidade ativa do recorrente, determinando a extinção da ação sem o julgamento do mérito. No caso, o autor recorreu do acórdão, interpondo o Recurso Especial nº 1.259.460, o qual restou conhecido, porém improvido. Se não, vejamos:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO. INTERESSE. EXISTÊNCIA.

I. O pedido deduzido por irmão, que visa alterar o registro de nascimento de sua irmã, atualmente com mais de 60 anos de idade, para dele excluir o pai comum, deve ser apreciado à luz da verdade socioafetiva, mormente quando decorridos mais de 40 anos do ato inquinado de falso, que foi praticado pelo pai registral sem a concorrência da filha.

II. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva, devendo essa relação de fato ser reconhecida e

amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família.

III. O exercício de direito potestativo daquele que estabelece uma filiação socioafetiva, pela sua própria natureza, não pode ser questionado por seu filho biológico, mesmo na hipótese de indevida declaração no assento de nascimento da recorrida.

IV. A falta de interesse de agir que determina a carência de ação, é extraída, tão só, das afirmações daquele que ajuíza a demanda – *in status assertionis* –, em exercício de abstração que não engloba as provas produzidas no processo, porquanto a incursão em seara probatória determinará a resolução de mérito, nos precisos termos do art. 269, I, do CPC.

Recurso não provido.<sup>216</sup> (Grifado)

No caso em tela, o autor afirma que a recorrida não é filha biológica do genitor do recorrente, sendo esse fato devidamente comprovado por exame de DNA realizado. Afirma, ainda, que seu pai registrou a recorrida como filha devido às pressões de família e a insistência de sua companheira, mãe da recorrida, tendo em vista que à época do registro mantinha um relacionamento com a genitora da ré. Acrescentou que o registro ocorreu em 1955, quando a recorrida contava com sete anos de idade.

Ocorre que o relacionamento entre os genitores do autor e da recorrida chegou ao fim, sendo que cerca de vinte e oito anos após o término da relação, a falsidade do registro foi divulgada. Assim, o recorrente postulou pela ação declaratória de inexistência de filiação cumulado com o cancelamento parcial do registro civil, considerando que seu genitor agiu com vício de vontade ao realizar o registro de nascimento.

O recorrente postulou ainda pelo reconhecimento de sua legitimidade na ação, a qual foi rejeitada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo como consequência a resolução do processo sem o julgamento do mérito. O autor se baseia no fato de que apesar de seu genitor ainda estar vivo, o recorrente tem interesse de agir para a questão da falsidade do registro, tendo em vista que, segundo a Lei de Registros Públicos (Lei 6015/73), o recorrente possui capacidade para ação de anulação do registro.

---

<sup>216</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1259460/ SP. Recorrente: AVJ. Recorrido: SMVBDAC e outro. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Recurso não provido. Data do Julgamento: 19 de junho de 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100633230&dt\\_publicacao=29/06/2012](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100633230&dt_publicacao=29/06/2012). Acesso em: 20 ago. 2014.

O Ministério Público Federal postulou pelo conhecimento e improvimento do recurso especial. Em seguida, a ministra Nancy Andrighi, ao dar início a seu voto, sustentou a legitimidade do recorrente, pautando-se na Constituição Federal, em seu art. 105, inciso III, alínea “c”<sup>217</sup>, e na Lei de Registros Públicos (Lei 6015/73).

A relatora argumentou que a resolução da questão não se resume ao simples fato da recorrida não ser filha biológica do genitor do autor, fato comprovado por exame de DNA. Para que seja possível a anulação do registro deve-se analisar anteriormente a relação afetiva criada entre a recorrida e seu pai registral, relação esta que nasceu da boa-fé do genitor do autor. Nessa linha de pensamento, a ministra acrescentou que deve-se ir além do texto da lei que trata do parentesco, tendo em vista ser um texto limitado. Foi defendido o vínculo afetivo criado e a “posse de estado de filho”, citando como base a doutrina de Rolf Madaleno.

Cabe lembrar que, conforme explanado no capítulo 1 (item 1.3), há entendimento doutrinário no sentido de que há posse de estado de filho com a ocorrência de três elementos: a *tratactus*, a qual se refere ao tratamento de filho conferido; o *nomem*, que diz respeito sobre os nomes dos pais serem passados aos filhos; e a *fama*, que versa sobre o reconhecimento da filiação perante a família e a sociedade.<sup>218</sup> Como se percebe, esses elementos estão presentes na relação entre a requerida e seu pai afetivo, o que justifica a manutenção dessa relação no registro.

A maior parte da doutrina desobriga o requisito do nome, considerando como suficientes os requisitos da reputação e do tratamento, tendo em vista que o filho muitas vezes é conhecido pelo seu prenome.<sup>219</sup> Cabe salientar que não é necessário que esses três elementos apareçam juntos para que se configure o estado de filho. Em caso de incerteza, deve-se buscar favorecer o estado de filiação.<sup>220</sup>

<sup>217</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 105: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 20 ago. 2014.

<sup>218</sup> LÔBO, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 237.

<sup>219</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 156

<sup>220</sup> LÔBO, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 237.



No caso analisado, a relatora levantou o fato da existência de uma relação socioafetiva construída entre a recorrida e seu pai registral, relação esta que restou consolidada pelo registro que reconheceu a recorrida como filha, o qual ocorreu de forma consciente e espontânea, devendo, portanto, ser resguardado pelo Direito de Família.

Observa-se que no caso estudado, a posse de estado de filho foi criada a partir da “adoção à brasileira”, fato que ocorre à margem da lei, mas que estabelece a filiação para os “adotados”, a qual não deve ser desconsiderada por terceiros ou pelo pai registral. Diante disso, foi sustentada no voto a preocupação com o bem estar da criança e do adolescente, o qual deve vir em primeiro lugar, sendo justificativa para a validade das relações afetivas.

Cabe esclarecer a importância da “adoção à brasileira”, tratada no capítulo 2 (item 2.3). A chamada adoção à brasileira não se trata uma espécie de adoção, mas sim de um registro de filho alheio como próprio. Recebe esse nome pela doutrina e jurisprudência em razão dessa relação configurar uma paternidade afetiva que, por sua vez, tem como principal exemplo a adoção.<sup>221</sup> Essa adoção tem valor para o ser humano, devendo, assim, obter aspecto jurídico, uma vez que retrata uma verdadeira relação paterno-filial.<sup>222</sup> É aceita na sociedade a filiação decorrente da “adoção à brasileira”, que se baseia num “crime nobre”, sendo, por isso, aprovada em razão de seus motivos solidários, exceto se essa prática é fundada em condutas que retirariam a sua nobreza. Assim, com o convívio contínuo naquela família, essa filiação se torna certa perante a sociedade.<sup>223</sup>

De acordo com a relatora, é dispensável uma convivência duradoura para que seja criada uma relação afetiva, fato levantado pelo autor. Assim como pode ocorrer em outras relações, as adversidades da vida podem afastar pessoas que conviviam intimamente, assim como aconteceu no caso em questão. Apesar do convívio entre a recorrida e seu pai registral ter sido rompido alguns anos após o registro, não se pode negar a paternidade afetiva reconhecida pelo genitor do autor.

---

<sup>221</sup> MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos*, 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 255

<sup>222</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 531

<sup>223</sup> LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

Ademais, a boa fé objetiva foi elemento discutido. A ministra sustenta na linha da hipótese dessa pesquisa que essa boa fé é traduzida pela proibição do comportamento contraditório, ou *venire contra factum proprium*. De fato, o pai registral da requerida praticou o ato de registrá-la em razão do sentimento que nutria por ela e por sua mãe, e também por estar incluído naquela família. A partir do registro, a requerida passou de fato a ser filha do genitor do autor, que na prática já era seu pai. Esse fato, que antes não poderia ser negado em razão do melhor interesse da criança, deve permanecer assim nas circunstâncias atuais.

Esse é, de fato, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos onde se busca a anulação do registro, deve se analisar também a violação da boa-fé objetiva do pai ou mãe que registrou conscientemente a criança ou o adolescente sabendo da real situação, trazendo à tona a regra da *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório). Nessa situação, prevalece o melhor interesse da criança.<sup>224</sup>

A fundamentação da decisão está correta. Não se trata de defender um ato irregular, mas a vida da filha, ou seja, o princípio do melhor interesse da criança. Busca-se proteger a relação que se construiu ao longo do tempo.<sup>225</sup> Cabe lembrar que, assim como disposto no capítulo 2 (item 2.3), o princípio do melhor interesse da criança trata-se de uma garantia aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, uma vez que deve prevalecer toda e qualquer circunstância fático-jurídica. Na prática, deve-se recordar que a aplicação desse princípio é visar a criança e o adolescente, e não os pais, familiares ou outros interessados.<sup>226</sup>

Percebe-se que no caso, a filiação afetiva foi protegida e mantida. Isso também encontra fundamentação na tutela aos direitos da personalidade, onde está abarcado o direito à filiação, que é um elemento básico no desenvolvimento da identidade da pessoa humana. A filiação afetiva, que foi incorporada à identidade da requerida, não pode ser colocada de lado em razão de interesses de terceiros,

<sup>224</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Adoção à brasileira e a (im)possibilidade de anulação do registro segundo o STJ*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/marciocavalcante/2013/02/27/adocao-a-brasileira-e-a-impossibilidade-de-anulacao-do-registro-segundo-o-stj/>> Acesso em: 25 ago. 2014

<sup>225</sup> SOUZA, Ionete de Magalhães. Paternidade Socioafetiva. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 9, n. 46, mar. 2008, p. 90-97.

<sup>226</sup> VENCELAU, Rose Melo, *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 132.

mesmo que constatada a falsidade do registro, que, aliás, deu-se por um ato do pai afetivo, e não da requerida.

A decisão está de acordo com a Constituição, a qual não trata de forma diferenciada as filiações biológica e afetiva. Dessa forma, é inconstitucional a demonstração de qualquer diferença jurídica entre o filho biológico e o filho socioafetivo, visto que o próprio texto constitucional reconhece a equidade de direitos e obrigações entre os filhos, seja qual for a sua origem, assim como se encontra em seu artigo 227, §6º<sup>227</sup> <sup>228</sup>.

Por fim, ressaltou-se o fato de que o genitor do autor já era o pai da recorrida mesmo antes do registro, acrescentando o fato da recorrida ter conhecimento anterior da inexistência de vínculos consanguíneos. Esse fato não pode ser mudado após tantos anos depois do registro, mesmo que disso decorra algum prejuízo jurídico para o recorrente. Dessa maneira, apesar da falsidade referente à paternidade no registro de nascimento da recorrida, decidiu-se pela manutenção do acórdão recorrido.

O STJ decidiu corretamente ao promover a permanência da paternidade entre a recorrida e seu pai registral, tendo em vista que considerou a importância dos vínculos afetivos como valor jurídico, os quais estão sendo considerados pela doutrina e jurisprudência atuais, que aceitam o afeto como elemento base nas relações familiares, motivo pelo qual defende-se a permanência da adoção simulada.<sup>229</sup> Nesse sentido, quaisquer que sejam os motivos, não é possível a anulação do registro após estar constituído o vínculo afetivo, mesmo que valendo-se do fato de que não aquele não é o pai consanguíneo.<sup>230</sup> Isso ocorre em razão da

---

<sup>227</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. §6º: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>228</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira, 2000 apud WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165.

<sup>229</sup> MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos*, 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 256

<sup>230</sup> MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos*, 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 256

importância da pessoa humana, tendo em vista que o reconhecimento traz consequências decisivas na vida da pessoa que foi “adotada”.<sup>231</sup>

### **3.2 Jurisprudência Desfavorável à Paternidade Afetiva na Adoção à Brasileira**

#### **3.2.1 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado, Embargos Infringentes nº 9191156-46.2008.8.26.0000/50000**

Os embargos supracitados foram interpostos pela Procuradoria de Justiça contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual, por maioria de votos, decidiu pela anulação do reconhecimento da paternidade do embargado. No caso, o Ministério Público recorreu do acórdão, recurso que restou conhecido e improvido.

“EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO. AUTOR QUE BUSCA DESCONSTITUIR A PATERNIDADE. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. FALSIDADE IDEOLÓGICA DO REGISTRO. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO. PAI REGISTRAL QUE FOI CONDENADO POR ABUSO SEXUAL CONTRA O MENOR.

Na hipótese dos autos, o réu tem vinte e um anos de idade e foi reconhecido, por volta dos quatro anos de idade, pelo embargado como filho. O embargado sustentou que passou a prestar auxílio financeiro ao réu e que por ato de nobreza reconheceu o réu como seu filho. Pediu a declaração de nulidade do reconhecimento da paternidade e do assento de nascimento do réu, tendo em vista que houve vício do consentimento.

O embargado, embora ciente da ausência de vínculo biológico, reconheceu voluntariamente o réu como se seu filho fosse, hipótese caracterizada como “adoção à brasileira”.

(...)

Ademais, foi realizado exame de DNA que excluiu a paternidade do embargado. Logo, a falsidade ideológica foi praticada pelo embargado ao afirmar-se pai do réu em afronta ao princípio da veracidade dos registros públicos (art. 113 da Lei n. 6.015/73). É certo que nesses casos, o que prevalece não é a verdade biológica, mas a socioafetiva, porquanto a pessoa que teve reconhecida a paternidade passa a gozar do estado de filho, que não lhe pode ser retirado simplesmente por ato unilateral do pai registral. Contudo, no caso dos autos, comprovada a inexistência do liame biológico através de exame de DNA, não há como se manter a paternidade com origem diversa, qual seja, a socioafetividade. Restou claramente evidenciado nos autos que o embargado praticou abuso sexual contra o réu, o que culminou com a sua condenação à pena de 25

<sup>231</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 531

anos e 6 meses de reclusão como incurso nos artigos 224, “a” e “c”, art. 226, II e art. 71, do Código Penal.

(...)

As circunstâncias evidenciam que não há qualquer sentimento, qualquer liame afetivo entre as partes, que efetivamente nada compartilham. Deve ser permitido ao réu buscar a identidade de seu verdadeiro pai. Portanto, comprovado nos autos não ser o embargado pai biológico do réu e afastada a paternidade socioafetiva, devem ser rejeitados os embargos infringentes para que a sentença seja reformada para anular o reconhecimento da paternidade, bem como o assento de nascimento do réu.

Embargos infringentes rejeitados.<sup>232</sup> (Grifado)

No caso em questão, o embargado, Frederico Luiz de Araújo, reconheceu o réu, Alef Machado de Araújo, atualmente com 21 anos de idade, como filho, mesmo sabendo não sê-lo. Na época do registro, o réu tinha quatro anos de idade. O embargado alegou que praticou o ato por um motivo nobre, passando a colaborar financeiramente com os gastos do réu. Entretanto, Frederico ajuizou ação de anulação do registro que reconhecia a paternidade, alegando que houve vício de consentimento no ato praticado.

A sentença proferida pelo juízo de 1º grau julgou improcedente o pedido de nulidade do registro, fato que levou o embargado a interpor apelação, a qual foi julgada procedente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em contrapartida, a Procuradoria de Justiça opôs embargos infringentes, sob o argumento de que o réu poderia ter algum interesse na manutenção da paternidade, como, por exemplo, interesses sucessórios. Pautando-se no argumento do voto vencido, o Ministério Público aduziu que a nulidade do registro em casos de adoção à brasileira somente é possível quando o filho busca a verdade biológica, em conformidade com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

De fato, o Superior Tribunal de Justiça entende pela possibilidade da anulação do registro na ocorrência de adoção à brasileira quando é de interesse do filho. Porém, este não é o único entendimento do referido tribunal. Assim como explica Cavalcante, entende-se que a filiação afetiva criada com os pais registra-

<sup>232</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 10ª Câmara de Direito Privado. Embargos Infringentes nº 9191156-46.2008.8.26.0000/50000. Embargante: Ministério Público. Embargado: Frederico Luiz de Araújo. Relator: Carlos Alberto Garbi. Recurso não provido. Data do Julgamento: 20 maio 2014. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=7752006&cdForo=0&v1Captcha=jmwrj>> Acesso em: 1º set. 2014.

não retira o direito do filho ao reconhecimento do vínculo biológico. Isso ocorre em razão do reconhecimento da ancestralidade biológica como direito da personalidade. Entretanto, numa situação contrária, onde os pais queiram anular o registro, há dois entendimentos na jurisprudência do STJ: o primeiro trata da construção do vínculo de afetividade com o filho. Caso ainda não haja esse vínculo, permite-se a anulação. O segundo entendimento, porém, questiona a violação da boa-fé objetiva do pai ou mãe que registrou conscientemente o menor sabendo da real situação, trazendo a tona a regra da *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório). Nessa situação, prevalece o melhor interesse do menor.<sup>233</sup>

Nessa linha, o relator sustentou o fato de não existir afetividade, motivo pelo qual justifica-se a nulidade do registro por interesse do embargante. Verifica-se que no caso, a paternidade não pode ser mantida em razão de não existir no campo biológico, bem como também no campo afetivo. Assim, mesmo entendendo-se que a paternidade afetiva prevalece à paternidade biológica, no caso em tela não há nem mesmo paternidade afetiva, como será demonstrado adiante.

Assim como foi sustentado no julgado citado no tópico anterior (Recurso Especial nº 1.259.460), foi levantada a importância da caracterização de filho afetivo, que corresponde à existência das seguintes circunstâncias: o filho apresentar o nome dos pais (*nomem*); o tratamento de filho conferido àquela criança ou adolescente (*tratactus*); o reconhecimento como filho perante os pais e à sociedade (*fama*). Todavia, no caso em tela, percebe-se pela ausência desses elementos, restando somente o nome, em razão do ato do embargante que reconheceu o réu como filho no registro de nascimento.

Conforme apresentado no capítulo 1 (item 1.3) e reiterado no tópico anterior do presente capítulo (item 3.1.1), o requisito do nome é, de todos, o menos importante para a caracterização da filiação afetiva. A doutrina majoritária dispensa o requisito do nome como fator obrigatório, bastando os requisitos da *tratactus* e da *fama*, uma vez que, em geral, o filho é conhecido somente pelo seu prenome.<sup>234</sup>

<sup>233</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Adoção à brasileira e a (im)possibilidade de anulação do registro segundo o STJ*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/marciocavalcante/2013/02/27/adocao-a-brasileira-e-a-impossibilidade-de-anulacao-do-registro-segundo-o-stj/>> Acesso em: 02 Set. 2014

<sup>234</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 156

Cabe destacar que é dispensável a cumulação desses três fatores para que se configure o estado de filho. Nos casos onde não houver certeza, deve-se procurar o favorecimento ao estado de filiação.<sup>235</sup> A aparência no estado de filho tem o papel de trazer uma segurança jurídica a uma relação paterno-filial aparentemente existente, não bastando para a sua configuração a opinião comum, mas necessitando também de uma verdade interior, a qual se traduz em sentimentos advindos da relação entre pais e filhos.<sup>236</sup>

Como restou comprovado na esfera criminal, o embargado praticou, de forma reiterada, violência sexual contra Alef durante a sua infância, fato que se quer foi negado por Frederico. Pelo que consta no julgado, o embargante não se comportava como pai do réu, mas pelo contrário, utilizava-o como mero objeto sexual. Na época, Frederico foi condenado pela prática no crime de atentado violento ao pudor, em razão de ter praticado ato libidinoso diverso da conjunção carnal (coito anal) mediante violência.

Pautando-se na sentença de 1º grau, o relator trouxe de volta à tona o fato de que o registro por parte do embargante ocorreu de forma anormal, visto que não existia se quer relação íntima entre ele e a mãe do réu, além do que Frederico não conviveu com Alef em seus primeiros anos de vida. Concluiu-se, assim, que o embargante não agiu imbuído por um motivo nobre. Pelo contrário, na verdade, seu objetivo era transformar a criança num objeto sexual, o que se tornou facilitado pelo fato de Frederico passar a ser autoridade paterna para Alef.

Como foi sustentado no acórdão, o ato praticado pelo embargado contra o réu, por certo surtirá efeitos por toda a vida de Alef, fato que justifica a retirada do nome do embargante do registro de nascimento do réu, tendo em vista que este não merece ter que suportar como pai em seu registro aquele que trouxe sofrimentos inestimáveis para ele. Não existiu a paternidade no seu sentido afetivo, aquela entendida como figura protetora e amiga. Pelo contrário, constatou-se pela ausência de qualquer ligação afetiva entre as partes, justificando o rompimento do vínculo perante o registro.

---

<sup>235</sup> LÔBO, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 237

<sup>236</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A Filiação que se Constrói: O Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 124/126

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu corretamente, tendo em vista que não haveria razão para a perpetuação de uma paternidade que se resumiu no ato de um registro, mas que na verdade nunca existiu em seu sentido biológico e afetivo. Apesar de o embargado alegar que contribui financeiramente para as despesas do réu, e o Ministério Público, na mesma linha do voto vencido, sustentar que o réu poderia ter interesses sucessórios, a paternidade não se restringe a isso. Conforme apresentado no capítulo 1 (item 1.3), a paternidade não se limita ao dever de fornecer alimentos ou aos direitos hereditários. Abarca toda a construção de valores adquiridos durante o convívio com a família durante a infância e a adolescência. A paternidade é um direito-dever que se constrói na relação afetiva e se responsabiliza pelo dever de cumprir os direitos fundamentais do ser humano que se encontra em desenvolvimento.<sup>237</sup>

Percebe-se que no caso estudado, não existiu a “posse de estado de filho” ou o “estado de filho afetivo”, os quais correspondem a uma relação de afeto decorrente de situações de fato, onde há a realização de todos os direitos e deveres peculiares da filiação.<sup>238</sup> A paternidade afetiva tem como base a posse de estado de filho, uma vez que esta consiste numa construção diária de afeto, fazendo com que nasçam os laços reais entre pais e filhos.<sup>239</sup>

Conforme citado no capítulo 2 (item 2.1), pai é aquele que cria, ama, educa, tomando para si os deveres intrínsecos de todo pai, sendo, inclusive, considerado como pai pela própria criança/adolescente. Nesse caso, a filiação se dá por atitudes voluntárias dos chamados pais afetivos. Por uma escolha, esses pais mantêm o vínculo de filiação, cumprindo os diversos papéis de pais.<sup>240</sup> Os pais são os responsáveis pela criação e proteção do menor independentemente da existência de um vínculo biológico ou jurídico, transferindo amor àquela criança e, com isso, demonstrando a sua paternidade.<sup>241</sup> Cabe reiterar que nada disso ocorreu no caso

---

<sup>237</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 339, jan. 2006, p. 46

<sup>238</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 85/86

<sup>239</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 114

<sup>240</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 55/56

<sup>241</sup> NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 55.



tratado. O embargante nunca transferiu nenhum sentimento paterno ao réu, pelo contrário, trouxe um trauma que provavelmente acompanhará o réu para o resto da vida.

Apesar de o caso tratar-se de adoção à brasileira, a qual é uma espécie do estado de filiação, essa situação não merece continuar no caso em concreto, apesar da própria sociedade aceitar essa “adoção” em razão de advir de um ato nobre na maioria das vezes. Diferentemente da maneira como essa conduta é tratada na lei, a sociedade aceita essas situações, tendo em vista as motivações baseadas em sentimentos de afeto e solidariedade que justificam essa conduta. Em geral, as pessoas que praticam esse ato, agem com um sentimento generoso e com o intuito de incluir aquela criança como parte da família. Porém, convém ressaltar que essa situação passa a ser reprovável em casos de intenção dolosa, como é o caso retratado, visto que, dessa forma, as finalidades buscadas não são as aceitas socialmente, mas sim demonstram um mero ato egoísta, caso do embargante, que registrou o infante visando atender suas próprias satisfações sexuais, justificando, assim, a anulação do registro.<sup>242</sup>

Em arremate, a adoção à brasileira tem a natureza de ato ilícito. Não pode por si só gerar o efeito por ela pretendido de consumir a regular paternidade. A paternidade afetiva não sana a ilicitude da adoção à brasileira, mas gera por fato próprio, o vínculo de paternidade, quando presentes os seus pressupostos da trato, nome e fama.

---

<sup>242</sup> LÔBO, *Direito Civil: Famílias*, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 250.

## CONCLUSÃO

A pesquisa buscou demonstrar o reconhecimento e importância da paternidade afetiva, realidade cada vez mais presente nas famílias contemporâneas. Apesar de ser um fato cada vez mais aceito, essa relação baseada na afetividade adere outras proporções quando nascida de uma circunstância ilegal: a chamada “adoção à brasileira”. Assim, surgiu a problemática se seria ou não possível a aplicação de efeitos jurídicos na relação afetiva advinda dessa adoção simulada.

Entretanto, cabe esclarecer que o presente estudo não teve a intenção de levantar a hipótese da descriminalização do crime advindo desse tipo de adoção, tendo em vista que isso seria um risco, considerando-se a má-fé que pode decorrer de algumas pessoas. Reconhece-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil Brasileiro trazem requisitos necessários para a adoção, os quais têm em vista, antes de tudo, a garantia da segurança para a criança ou adolescente.

O estudo também não teve a intenção da regularização da paternidade gerada pela adoção à brasileira por si só. Como se percebeu, a afetividade criadora de vínculos foi elemento essencial para a defesa da manutenção da paternidade advinda da adoção à brasileira. Dessa forma, a ausência de vínculos afetivos, seja pelo curto período de tempo da criança naquela família, seja pelo tratamento conferido ao infante, justifica a anulação do registro pela irregularidade dessa “adoção”.

O trabalho procurou analisar a questão à luz do melhor interesse da criança. Dessa maneira, antes de tudo, deve-se constatar se para o infante houve a construção de uma afetividade. De fato, não se buscou defender o interesse dos pais registraes, independentemente se para eles houve o vínculo afetivo. Assim, foi primordial para a conclusão da pesquisa a questão ser colocada visando a proteção dos interesses da criança e do adolescente.

Um dos principais pontos tratou-se da importância da filiação socioafetiva no Brasil, abordando-a frente ao direito de família, ao princípio da proteção integral e a igualdade com a filiação biológica. A partir disso, foi exposto esse tipo de filiação criada na perfilhação simulada, também chamada de “adoção à brasileira”. Buscou-se explicitar o seu crescente reconhecimento na sociedade e na Justiça Brasileira.

Apesar da legislação não colocar de forma expressa, a boa-fé dos adotantes e a relação socioafetiva criada são fatores primordiais para a decisão do juiz sobre a possibilidade ou não de rompimento da família advinda de uma irregularidade.

Nesse sentido, demonstrou-se que a paternidade afetividade não é tratada com relevância na legislação brasileira, apesar de sua grande importância. Do mesmo modo, a adoção à brasileira não é facilmente encontrada no regulamento brasileiro, apesar de sua prática corriqueira no Brasil. Em contrapartida, a doutrina vem dando destaque a essa relação baseada na afetividade em suas diferentes espécies, entre elas, a adoção à brasileira. A partir disso, a jurisprudência também vem evoluindo em suas decisões e aceitando a manutenção desta relação paterno-filial.

De fato, esse posicionamento contemporâneo da doutrina e da jurisprudência concerne com a realidade atual, a qual visa a proteção da criança e do adolescente em primeiro lugar, tal como trouxe o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal. Dessa maneira, apesar da importância do devido processo legal da adoção, no caso de não haver existido o seu cumprimento, deve perpetuar a paternidade afetiva, e a consequente continuidade do infante no lar em que sempre foi acolhido, tendo em vista que o melhor interesse da criança deve sobressair às exigências formais. Isso encontra fundamento na estabilidade familiar e a boa intenção no acolhimento da criança, apreciando a maternidade/paternidade devidamente exercida em todos os aspectos, preponderando, então, a relação socioafetiva.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Sergio Resende de. A Ideologia do Afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 4, n.14, jul./set. 2002

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade*: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Altas, 2005

BRASIL, Código Civil de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014

BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014

BRASIL. Código Penal, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014

BRASIL. Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 18 abr. 2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1259460/ SP. Terceira Turma. Recorrente: AVJ. Recorrido: SMVB DAC e outro. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Recurso não provido. Data do Julgamento: 19 de junho de 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100633230&dt\\_publicacao=29/06/2012](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100633230&dt_publicacao=29/06/2012). Acesso em: 20 ago. 2014

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embargos Infringentes nº 9191156-46.2008.8.26.0000/50000. 10ª Câmara de Direito Privado. Embargante: Ministério Público. Embargado: Frederico Luiz de Araújo. Relator: Carlos Alberto Garbi. Data do Julgamento: 20 de maio de 2014. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=7752006&cdForo=0&v1Captch a=jmwrj>> Acesso em: 01 set. 2014

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A Releitura da Adoção sob a Perspectiva da Doutrina da Proteção Integral à Infância e Adolescência. Porto Alegre. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n.º18, jun./jul.2003

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Adoção à brasileira e a (im)possibilidade de anulação do registro segundo o STJ*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/marciocavalcante/2013/02/27/adocao-a-brasileira-e-a-impossibilidade-de-anulacao-do-registro-segundo-o-stj/>> Acesso em: 18 Mar. 2014

DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro*, 5º volume: Direito de Família, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: Política e Vida Privada na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 28, n. 101, dez. 2008

GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Editora de Direito, 2003

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Direito de Família e das Sucessões*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v.5

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 339, jan. 2006

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos*, 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A Filiação que se Constrói: O Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 16.ed. Rio de Janeiro. Forense, 2007, v.5

PEREIRA, Tânia da Silva. *O Melhor Interesse da Criança: Um Debate Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

SOUZA, Ionete de Magalhães. Paternidade Socioafetiva. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 9, n. 46, mar. 2008

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. 10.ed. São Paulo: Atlas, S.A, 2010

VENCELAU, Rose Melo, *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre Filiação Biológica e Socioafetiva. Porto Alegre. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n.º14, jul.ago.set./2012